1980 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Editors

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

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

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

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

Arrêtistes

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

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

RÉJEAN PATRY, B.A., LL.L., LL.M.

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

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, 1980

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 LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

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.

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

The Honourable JEAN CHRÉTIEN.

SOLICITOR GENERAL OF CANADA

The Honourable ROBERT KAPLAN, Q.C.

MEMORANDUM

On the 8th day of February, 1980, the Honourable LOUIS-PHILIPPE PIGEON, 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 LOUIS-PHILIPPE PIGEON.

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.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable JEAN CHRÉTIEN.

SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA

L'honorable ROBERT KAPLAN, c.r.

MEMORANDUM

Le 8 février 1980, l'honorable LOUIS-PHILIPPE PIGEON, 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

[1980] 1 S.C.R., p. 1099, 1. 29 of the English version. Read "account" instead of "amount".

[1980] 1 S.C.R., p. 1100, 1. 18 of the French version. Read "accusation" instead of "acquisition".

[1980] 2 S.C.R., p. 178, 1. 14 of the English version. Read "*W. Henkel, Q.C.*, and *Lloyd Nelson*".

[1980] 2 S.C.R., p. 283, 1. 15 of the French version should read "R.S.B.C. 1960".

[1980] 2 S.C.R., p. 516, 1. 18 of the English version. Read "County" instead of "Country".

[1980] 2 S.C.R., p. 678, 1. 12 of the English version. Read "allowed" instead of "dismissed".

[1980] 2 S.C.R., p. 820, 1. 20 of the English version. Read "(Great Britain)" instead of "(Great Birtain)".

[1980] 2 S.C.R., p. 918, 1. 20 of the French version. Read "état" instead of "était".

[1980] 1 R.C.S., p. 1099, 1. 29 de la version anglaise. Lire «account» au lieu de «amount».

[1980] 1 R.C.S., p. 1100, 1. 18 de la version française. Lire «accusation» au lieu de «acquisition».

[1980] 2 R.C.S., p. 178, 1. 14 de la version française. Lire «*W. Henkel, c.r.*, et *Lloyd Nelson*».

[1980] 2 R.C.S., p. 283, 1. 15 de la version française. Lire «R.S.B.C. 1960».

[1980] 2 R.C.S., p. 516, 1. 18 de la version anglaise. Lire «County» au lieu de «Country».

[1980] 2 R.C.S., p. 678, 1. 12 de la version française. Lire «accueillis» au lieu de «rejetés».

[1980] 2 R.C.S., p. 820, 1. 20 de la version anglaise. Lire «(Great Britain)» au lieu de «(Great Birtain)».

[1980] 2 R.C.S., p. 918, 1. 20 de la version française. Lire «état» au lieu de «était».

MOTIONS—REQUÊTES

Abasands Holdings Ltd. et al. v. The Queen in right of the Province of Alberta (Alta.), leave to appeal refused with costs, 12.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Alberta Union of Provincial Employees, Branch 63, v. Board of Governors of Olds College et al. (Alta.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Altaji v. Minister of Employment and Immigration et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Americana Holdings Ltd. v. Centre Auto-Wash (Hamilton) Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Ankenman et al. v. Taylor et al. (B.C.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Archambault v. Morrison (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Arkin v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Association des Pompiers de Montréal Inc. v. Parent et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Aubertin v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia et al. (B.C.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Bail (A.N.) Co. Ltée v. Gingras et autre (Qué.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Balestreri et al. v. Couture et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Bayer (Farbenfabriken) v. E.I. Dupont de Nemours and Co. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Beach v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Bengert et al. v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Bernhardt v. Bernhardt (Ont.), leave to appeal refused, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Berry v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Bijouterie Lucien Gervais Inc. v. Ville de Montréal (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bisaillon v. Keable et autre (Qué.), leave to appeal granted, 15.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Bissonnette v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Boehm et al. v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Boudreau v. Juneau et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Boytinck v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Brisson v. La Reine (Qué.), leave to appeal granted, 19.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Brochu v. Brochu (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Brunet v. Archambault et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bryden v. Canada Employment and Immigration Commission (F.C.A.), leave to appeal granted, 20.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Burlington (City of) v. Nil Ultra Investments Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Burnac Realty Investors Ltd. v. Andrea Schmidt Construction Ltd. et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bykowski v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée.

C.B. v. Judge E.C. Kimelman et al. (Man.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

C.B. v. The Queen (Man.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Calgary (City of) et al. v. Brown et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canadian Broadcasting Corporation, Television Station C.B.O.F.T. et al. v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Canadian International Paper Co. v. Municipalité de Gatineau (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd. (Ont.), application for a rehearing and cross-application for a rehearing as to costs both granted, 12.11.80, demande de nouvelle audition et demande reconventionnelle de nouvelle audition sur les dépens accordées.

Canadian Pacific Ltd. v. McCain Produce Co. Ltd. et al. (N.B.), leave to appeal granted, 8.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Canadian Pacific Ltd. et al. v. British Columbia Forest Products Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canadian Union of Public Employees—Broadcast Division (Office and Professional Unit) v. Canadian Broadcasting Corporation et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canadian Universal Insurance Co. Ltd. v. Baribeau (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Cardoza v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Cayer v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Central Computer Services Ltd. et al. v. Toronto-Dominion Bank (Man.), notice of discontinuance filed, 8.12.80, avis de désistement produit.

Chapples Ltd. v. Corporation of Thunder Bay et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Chief v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 16.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Chupryk v. Hawkowski (Man.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler acordée.

Civic Employees Union, Local 21 v. City of Regina (Sask.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Claridge v. The Queen (Alta.), notice of discontinuance filed, 16.7.80, avis de désistement produit.

Cochrane v. Public Trustee of British Columbia (B.C.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Cohen v. La Reine (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Commercial Alcohols Ltd. v. Municipalité de Gatineau (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Corneau v. Gagon et autre (Qué.), notice of discontinuance filed, 2.9.80, avis de désistement produit.

Corner Brook City Council v. Bowater Newfoundland Ltd. (Nfld.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Crown Assets Disposal Corporation v. Conseil canadien des Relations du Travail et al. (F.C.A.), notice of discontinuance filed, 9.12.80, avis de désistement produit.

Dash (Daszkiewicz) et al. v. Dash (Daszkiewicz) (Ont.), leave to appeal refused with costs, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Daszkiewicz (Dash) v. Daszkiewicz (Dash) (Ont.), leave to appeal refused with costs, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Davila v. Minister of Employment and Immigration (B.C.), leave to appeal refused, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Davy v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée.

De Bairaktaris et al. v. Minister of Employment and Immigration et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Deloitte, Haskins & Sells Ltd. v. Wilker et al. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Desnoyers v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Detering v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 8.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Dowhaniuk v. Andrews et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Duggan v. The Queen (Ont.), notice of discontinuance filed, 11.7.80, avis de désistement produit.

Durst v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Eaton v. Eaton (Ont.), leave to appeal refused with costs, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Edmonton School District No. 7 (Board of Trustee) v. Uhryn (Alta.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Farrell et autre v. Renault et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Federal Business Development Bank v. Cormier et al. (N.B.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Feener v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Ferron et al. v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Flamand v. La Reine (Qué.), leave to appeal granted; costs to follow—appeal to quash refused without costs, 8.10.80, autorisation d'appeler accordée; dépens à suivre—requête en annulation rejetée sans dépens.

Gardiner Realty Ltd. v. T. Eaton Realty Co. Ltd. (N.B.), leave to appeal refused with costs, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

General Electric Co. et al. v. Attorney General of Canada (Ont.), leave to appeal refused, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Glover v. Bell Canada (Ont.), leave to appeal granted, 19.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Glover v. Minister of National Revenue (Ont.), leave to appeal granted, 19.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Gobeil v. Cie H. Fortier et autres (Qué.), leave to appeal granted, 28.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Goodwin v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Gougeon v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Gould v. Gould (Sask.), leave to appeal refused with costs, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Graat v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 8.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Haesler v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Harper v. The Queen (B.C.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Hawrish v. L.Y.K. Management Ltd. et al. (Sask.), notice of dicontinuance filed, 23.9.80, avis de désistement produit.

Hawrish v. Peters et al. (Sask.), leave to appeal granted, 17.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Hendipour v. Immigration Appeal Board et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Hennig v. Northern Heights (Sault) Ltd. et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Hoffman et al. v. General Manager of Ontario Health Insurance Plan et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Hôpital Regina Ltée v. Syndicat des Employés de l'Hôpital Regina Ltée et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Hrankowski v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Hislop et al. v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Irving Oil Ltd. v. Incan Ships Ltd. (N.B.), leave to appeal refused with costs, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Iyar (Percy) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal refused, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Iyar (Veronica) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal refused, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée.

International Woodworkers of America, Local 1-405 v. Crestbrook Forest Industries Ltd. et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Jabour v. Law Society of British Columbia et al. (B.C.), leave to appeal granted, 2.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Jackson v. Bliss, Kirsh (Ont.), leave to appeal refused with costs, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Jean Grégoire de la Trinité (Gaston Tremblay) v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Johnson et autre v. Commission des Affaires sociales et autre (Qué.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Kanagarajah v. The Queen (Sask.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Keeprite Workers' Independent Union et al. v. Keeprite Products Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kelly, Douglas & Co. Ltd. v. Ladner Shopping Centre Ltd. et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kerner et autres v. Canadian Imperial Bank of Commerce et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 12.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kibale v. Commission canadienne des droits de la personne et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kings Point Developments Ltd. v. Corporation of Brampton et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Koehring Canada Ltd. v. Owens-Illinois Inc. et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kwiatkowsky v. Minister of Manpower and Immigration et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 20.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Lan v. Wu et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Layman v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Lindal v. Lindal (B.C.), leave to appeal granted, 15.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Lockhart v. MacDonald (N.S.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Lusignan et autre v. Fortin et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Luttin v. Sigurdson et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Mallin et al. v. Couture et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Mallin v. Baxter (N.B.), leave to appeal refused with costs, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Manza v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 20.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 3.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Masonite Canada Ltd. v. Municipalité de Gatineau (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Massey-Ferguson Industries Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan et al. (Sask.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Meddis v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Medstead School District No. 64 of Saskatchewan (Board of) et al. v. Crossland et al. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 9.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Megdessian v. Minister of Employment and Immigration et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Melanson v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 4278 et autres v. Tribunal du Travail et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Minister of Finance of New Brunswick et al. v. Simpsons-Sears Ltd. (N.B.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Monarch Life Assurance Co. v. Continental Insurance Co. (Qué.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Morrissette v. The Queen (Man.), application abandonned, 3.11.80, requête abandonnée.

Moses et al. v. R. in right of Canada et al. (B.C.), motion for leave to extend time granted; motion for leave to appeal refused, 18.12.80, requête pour prorogation du délai d'appel accordée; requête pour autorisation d'appeler rejetée.

Mackey v. The Queen (B.C.), the application is deemed to be abandonned under s. 623(2) Cr.C., 3.11.80, la requête est censée être abandonnée en vertu de l'art. 623(2) C.cr.

MacMillan v. Mitchell (Sask.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

McCaw et al. v. Seven Oaks School Division No. 10 (Man.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

McKinnon v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Nantel v. Harland Control Systems Ltd. et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Neville v. Ferguson (N.B.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Northland Fisheries Ltd. (Northland Freight & Forwarding Co.) v. Motor Transport Board et al. (Man.), leave to appeal refused with costs, 2.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke (Ont.), leave to appeal granted, 3.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Pan American World Airways Inc. et al. v. The Queen et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Pan Orient Holdings Ltd. et al. v. Danyo Enterprises Ltd. et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 17.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Paragon Realty Ltd. v. Suncrest Mobile Estates Ltd. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Paul v. Finnila (Ont.), leave to appeal refused with costs, 12.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Paul v. The Queen (Qué.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Pearson v. Pearson (Man.), leave to appeal refused with costs, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Peel (Regional Municipality of) v. MacKenzie et al. (Ont.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Perry v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Petrik v. Bell et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Protestant School Board of Greater Montreal v. R. in right of the Province of Quebec (Qué.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Public Service Alliance of Canada v. Francis et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 20.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Public Service Employee Relations Board of Alberta et al. v. Board of Governors of Olds College et al. (Alta.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Buchinsky (Man.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Carter (N.B.), leave to appeal granted, 3.11.80, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Galjot (B.C.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Hamilton (B.C.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Nova Scotia Sand and Gravel Ltd. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

R. v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

R. v. Terrence (Ont.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Whitter (B.C.), leave to appeal granted, 2.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool (F.C.A.), leave to appeal granted, 15.12.80, autorisation d'appeler accordée.

R. in right of the Province of British Columbia v. Malat et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

R. in right of the Province of Ontario v. Fitzpatrick (Ont.), leave to appeal refused with costs, 12.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Raine et al. v. Barton et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Raymond-Bouchard v. Minister of Employment and Immigration et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Regional Assessment Commissioner of the Town of Hearst et al. v. Caisse Populaire de Hearst Ltée (Ont.), leave to appeal granted, 15.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Roach v. Watson et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Robertson v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Rosen v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 1.12.80, autorisation d'appeler accordée.

St-Hilaire et al. v. Bégin et autres (Qué.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Ste-Marie v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 7.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Saieva v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 9.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Saskatchewan Power Corporation et al. v. Transcanada Pipelines Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 21.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Schavernoch v. Foreign Claims Commission et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Schneider v. The Queen (B.C.), leave to appeal granted, 17.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Skalbania et al. v. Lewis Realty Ltd. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 18.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Smith et al. v. Corporation of Township of Tiny (Ont.), leave to appeal refused with costs, 18.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Smithers v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Stein v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Sullivan v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 8.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Sweitzer v. The Queen (Alta.), leave to appeal granted, 18.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Syndicat des enseignants du CEGEP de Victoriaville et al. v. Collège de Victoriaville et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Thibeault et autre v. Brassard (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Thiel v. Simmonds et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée.

Thompson v. Biensch et al. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Toronto (City of) v. Greenspoon Bros. Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Toronto Hydro-Electric System v. Local 1, Canadian Union of Public Employees (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Travelers du Canada (Compagnie d'assurance) v. Corriveau et autre (Qué.), leave to appeal granted, 7.10.80, autorisation d'appeler accordée.

Trest et al. v. B'Nai B'Rith, District Grand Lodge No. 22 et al. (Ont.), leave to appeal refused, 1.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Tulloch v. The Queen (Ont.), notice of discontinuance filed, 4.9.80, avis de désistement produit.

United Grain Growers Ltd. v. Holian (Man.), leave to appeal refused with costs, 21.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vanderhaeghe v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Vignola v. Keable (Qué.), leave to appeal granted, 15.12.80, autorisation d'appeler accordée.

Volzke et al. v. Volzke (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.10.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Wascana Winter Club v. Decorby (Sask.), notice of discontinuance filed, 15.9.80, avis de désistement produit.

Wells v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 15.12.80, autorisation d'appeler refusée.

Williston et al. v. Guimont et al. (N.B.), leave to appeal refused with costs, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Zidle v. Canadian Imperial Bank of Commerce et autres (Qué.), leave to appeal granted, 12.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Zuk v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 3.11.80, autorisation d'appeler refusée.

Zurich Life Insurance Co. of Canada v. Davies (Ont.), leave to appeal granted, 3.11.80, autorisation d'appeler accordée.

Zwicker v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 20.10.80, autorisation d'appeler refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

PAGE

A

Air Canada, R. in Right of Manitoba v. 303
Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd., Rockland Industries, Inc. v. 2
Aris Steamship Co. Inc. v. Associated Metals & Minerals Corporation 322
Associated Metals & Minerals Corporation, Aris Steamship Co. Inc. v. 322
Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. *et al.* v. Attorney General of Canada 644
Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. *et al.* 466
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada *et al.* 735
Attorney General of Canada, Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. *et al.* v. 644
Attorney General of Quebec v. Labrecque *et al.* 1057

B

Bank of Montreal, Bauer v. 102
Barratt v. Corporation of North Vancouver 418
Bauer v. Bank of Montreal 102
Beattie *et al.*, Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. 228
Beaufort Realties (1964) Inc. *et al.* v. Chomedey Aluminum Co. Ltd. 718
Becker, Pettkus v. 834
Bel Automobiles (1961) Inc., Gallant v. 267
Blanco v. Rental Commission 827
Bliss & Laughlin Industries Incorported *et al.*, Doerner *et al.* v. 865
Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia, Proctor v. 727
Board of Industrial Relations *et al.*, Yellow Cab Ltd. v. 761
British Pacific Properties Ltd. v. Minister of Highways and Public Works 283
Bullion v. The Queen *et al.* 578
Burdick, R. v. 1056

PAGE

C

Campbell, R. v. 256
Canada Employment and Immigration Commission v. Dallialian 582
Canada Trust Co. *et al.*, Attorney General of British Columbia v. 466
Canadaka Mines Ltd., Mastermet Cobalt Mines Ltd. v. 119
Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd. 450
Canadian Pacific Ltd. *et al.* v. Town of Vulcan 177
Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd. 29
Chabot, R. v. 985
Chatwin Motors Ltd. *et al.*, R. v. 64
Chomedey Aluminum Co. Ltd., Beaufort Realties (1964) Inc. *et al.* v. 718
Consolidated School District of Gypsumville, Gypsumville District Teachers' Association v. 179
Cornwall Gravel Co. Ltd., Purolator Courier Ltd. *et al.* v. 118
Corporation of North Vancouver, Barratt v. 418
Corporation of the Town of Burlington, Kew Property Planning and Management Ltd. v. 598
Corporation of the Village of Wyoming, Homex Realty and Development Co. Ltd. v. 1011
Covert *et al.* v. Minister of Finance of Nova Scotia 774
Currie Products Ltd. *et al.*, Schreiber Brothers Ltd. v. 78

D

Dallialian, Canada Employment and Immigration Commission v. 582
Deputy Attorney General of Canada, Dick *et al.* v. 243
Dick *et al.* v. Deputy Attorney General of Canada 243
Doerner *et al.* v. Bliss & Laughlin Industries Incorported *et al.* 865
Dubois, R. v. 21

PAGE

E

Eklund, R. v. ... 117
Elk v. The Queen ... 166
Engelhard Industries of Canada Ltd., Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. ... 450

F

Forsythe v. The Queen ... 268
Fowler v. The Queen ... 213

G

Gallant v. Bel Automobiles (1961) Inc. ... 267
Gralewicz *et al.* v. The Queen ... 493
Greenwood Shopping Plaza Ltd. v. Beattie *et al.* ... 228
Guaranty Trust Co. of Canada, Public Trustee (Estate James Wilson Berry) v. ... 931
Gulf Canada Ltd. *et al.*, Gulf Oil Corporation v. ... 39
Gulf Oil Corporation v. Gulf Canada Ltd. *et al.* ... 39
Gypsumville District Teachers' Association v. Consolidated School District of Gypsumville ... 179

H

Halvorson, Woelk *et al.* v. ... 430
Harper (Down) v. The Queen ... 366
Hawkins v. The Queen (No. 1) ... 353
Hawkins v. The Queen (No. 2) ... 355
Hechter *et al.* v. Thurston ... 254
Hillier *et al.*, Williams v. ... 368
Homex Realty and Development Co. Ltd. v. Corporation of the Village of Wyoming ... 1011
Hopp v. Lepp ... 192
Hughes, Reibl v. ... 880

I

Inuit Tapirisat of Canada *et al.*, Attorney General of Canada v. ... 735
Irving Oil Ltd., Central and Eastern Trust Co. v. ... 29

PAGE

K

Kew Property Planning and Management Ltd. v. Corporation of the Town of Burlington ... 598
Korponay v. Kulik ... 265
Kulik, Korponay v. ... 265

L

Labrecque *et al.*, Attorney General of Quebec v. ... 1057
Landry v. Lapointe ... 412
Lapointe, Landry v. ... 412
Lepp, Hopp v. ... 192
Lewis v. Todd and McClure ... 694

M

MacKay v. The Queen ... 370
Mastermet Cobalt Mines Ltd. v. Canadaka Mines Ltd. ... 119
McLaughlin, R. v. ... 331
Mercantile Bank of Canada, Potter (Carl B.) Ltd. v. ... 343
Minister of Finance of Nova Scotia, Covert *et al.* v. ... 774
Minister of Highways and Public Works, British Pacific Properties Ltd. v. ... 283
Molis v. The Queen ... 356
Montreal Real Estate Board, Senez v. ... 555
Motor Transport Board *et al.*, National Freight Consultants Inc. *et al.* v. ... 621
Mousseau, R. v. ... 89

N

N. M. Paterson and Sons Ltd., R. v. ... 679
National Freight Consultants Inc. *et al.* v. Motor Transport Board *et al.* ... 621
Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen 292

P

Pappajohn v. The Queen ... 120
Paron Construction Ltd. v. Town Drywall Inc. ... 115
Paterson (N. M.) and Sons Ltd., R. v. ... 679

PAGE

Paul v. The Queen ... 169
Pettkus v. Becker ... 834
Pine Creek School Division v. Pine Creek Division Association ... 179
Pine Creek Division Association, Pine Creek School Division v. ... 179
Potter (Carl B.) Ltd. v. Mercantile Bank of Canada ... 343
Proctor v. Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia ... 727
Prytula v. The Queen ... 442
Public Trustee (Estate James Wilson Berry) v. Guaranty Trust Co. of Canada ... 931
Purolator Courier Ltd. *et al.* v. Cornwall Gravel Co. Ltd. ... 118

Q

Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. v. Ship "Incan St. Laurent" *et al.* ... 242

R

R. in Right of Manitoba v. Air Canada ... 303
R. v. Burdick ... 1056
R. v. Campbell ... 256
R. v. Chabot ... 985
R. v. Chatwin Motors Ltd. *et al.* ... 64
R. v. Dubois ... 21
R. v. Eklund ... 117
R. v. McLaughlin ... 331
R. v. Mousseau ... 89
R. v. N. M. Paterson and Sons Ltd. ... 679
R. v. Sutherland *et al.* ... 451
Rabey v. The Queen ... 513
Reibl v. Hughes ... 880
Rental Commission *et al.* v. Sand *et al.* ... 100
Rental Commission, Blanco v. ... 827
Rhine v. The Queen ... 442
Rockland Industries, Inc. v. Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd. ... 2

S

Sand *et al.*, Rental Commission *et al.* v. ... 100
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd. *et al.* ... 78
Senez v. Montreal Real Estate Board ... 555
Shell Canada Ltd. v. United Oil Workers of

PAGE

Sheppe v. The Queen ... 22
Ship "Incan St. Laurent" *et al.*, Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. v. ... 242
Sutherland *et al.*, R. v. ... 451
Swietlinski v. The Queen ... 956

T

The Queen (No. 1), Hawkins v. ... 353
The Queen (No. 2), Hawkins v. ... 355
The Queen *et al.*, Bullion v. ... 578
The Queen, Elk v. ... 166
The Queen, Forsythe v. ... 268
The Queen, Fowler v. ... 213
The Queen, Gralewicz *et al.* v. ... 493
The Queen, Harper (Down) v. ... 366
The Queen, MacKay v. ... 370
The Queen, Molis v. ... 356
The Queen, Northwest Falling Contractors Ltd. v. ... 292
The Queen, Pappajohn v. ... 120
The Queen, Paul v. ... 169
The Queen, Prytula v. ... 442
The Queen, Rabey v. ... 513
The Queen, Rhine v. ... 442
The Queen, Sheppe v. ... 22
The Queen, Swietlinski v. ... 956
The Queen, Walden v. ... 365
Thurston, Hechter *et al.* v. ... 254
Todd and McClure, Lewis v. ... 694
Town of Vulcan, Canadian Pacific Ltd. *et al.* v. ... 177
Town Drywall Inc., Paron Construction Ltd. v. ... 115

U

United Oil Workers of Canada, Shell Canada Ltd. v. ... 181

W

Walden v. The Queen ... 365
Williams v. Hillier *et al.* ... 368
Woelk *et al.* v. Halvorson ... 430

Y

Yellow Cab Ltd. v. Board of Industrial Relations *et al.* ... 761

TABLE DES JUGEMENTS

PAGE

A

Air Canada, R. du chef du Manitoba c. 303
Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd., Rockland Industries, Inc. c. 2
Aris Steamship Co. Inc. c. Associated Metals & Minerals Corporation 322
Associated Metals & Minerals Corporation, Aris Steamship Co. Inc. c. 322
Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. *et autres* c. Procureur général du Canada 644

B

Banque de Montréal, Bauer c. 102
Banque Mercantile du Canada, Potter (Carl B.) Ltd. c. 343
Barratt c. Corporation of North Vancouver 418
Bauer c. Banque de Montréal 102
Beattie *et autre*, Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. 228
Beaufort Realties (1964) Inc. *et autre* c. Chomedey Aluminum Co. Ltd. 718
Becker, Pettkus c. 834
Bel Automobiles (1961) Inc., Gallant c. 267
Blanco c. Commission des loyers 827
Bliss & Laughlin Industries Incorported *et autre*, Doerner *et autres* c. 865
Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia, Proctor c. 727
Board of Industrial Relations *et autres*, Yellow Cab Ltd. c. 761
British Pacific Properties Ltd. c. Minister of Highways and Public Works 283
Bullion c. La Reine *et autre* 578
Burdick, R. c. 1056

C

Campbell, R. c. 256
Canadaka Mines Ltd., Mastermet Cobalt Mines Ltd. c. 119
Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. Engelhard Industries of Canada Ltd. 450
Canadien Pacifique Ltée *et autre* c. Ville de Vulcan 177
Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd. 29
Chabot, R. c. 985
Chambre d'Immeuble de Montréal, Senez c. 555
Chatwin Motors Ltd. *et autres*, R. c. 64
Chomedey Aluminum Co. Ltd., Beaufort Realties (1964) Inc. *et autre* c. 718
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. Dallialian 582
Commission des loyers *et autres* c. Sand *et autres* 100
Commission des loyers, Blanco c. 827
Compagnie Trust Canada *et autre*, Procureur général de la Colombie-Britannique c. 466
Consolidated School District de Gypsumville, Gypsumville District Teachers' Association c. 179
Cornwall Gravel Co. Ltd., Purolator Courier Ltd. *et autres* c. 118
Corporation of North Vancouver, Barratt c. 418
Corporation of the Town of Burlington, Kew Property Planning and Management Ltd. c. 598
Corporation of the Village of Wyoming, Homex Realty and Development Co. Ltd. c. 1011
Covert *et autres* c. Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse 774
Currie Products Ltd. *et autre*, Schreiber Brothers Ltd. c. 78

D

Dallialian, Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. 582
Dick *et autres* c. Sous-procureur général du Canada 243
Doerner *et autres* c. Bliss & Laughlin Industries Incorported *et autre* 865
Dubois, R. c. 21

PAGE

E

Eklund, R. c. ... 117
Elk c. La Reine ... 166
Engelhard Industries of Canada Ltd., Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. ... 450

F

Fiduciaire public (succession James Wilson Berry) c. Guaranty Trust Co. of Canada ... 931
Forsythe c. La Reine ... 268
Fowler c. La Reine ... 213

G

Gallant c. Bel Automobiles (1961) Inc. ... 267
Gralewicz *et autres* c. La Reine ... 493
Greenwood Shopping Plaza Ltd. c. Beattie *et autre* ... 228
Guaranty Trust Co. of Canada, Fiduciaire public (succession James Wilson Berry) c. ... 931
Gulf Canada Ltée *et autres*, Gulf Oil Corporation c. ... 39
Gulf Oil Corporation c. Gulf Canada Ltée *et autres* ... 39
Gypsumville District Teachers' Association c. Consolidated School District de Gypsumville 179

H

Halvorson, Woelk *et autre* c. ... 430
Harper (Down) c. La Reine ... 366
Hawkins c. La Reine (n° 1) ... 353
Hawkins c. La Reine (n° 2) ... 355
Hechter *et autre* c. Thurston ... 254
Hillier *et autre*, Williams c. ... 368
Homex Realty and Development Co. Ltd. c. Corporation of the Village of Wyoming ... 1011
Hopp c. Lepp ... 192
Hughes, Reibl c. ... 880

I

Inuit Tapirisat of Canada *et autre*, Procureur général du Canada c. ... 735

PAGE

Irving Oil Ltd., Central and Eastern Trust Co. c. ... 29

K

Kew Property Planning and Management Ltd. c. Corporation of the Town of Burlington ... 598
Korponay c. Kulik ... 265
Kulik, Korponay c. ... 265

L

La Reine (n° 1), Hawkins c. ... 353
La Reine (n° 2), Hawkins c. ... 355
La Reine *et autre*, Bullion c. ... 578
La Reine, Elk c. ... 166
La Reine, Forsythe c. ... 268
La Reine, Fowler c. ... 213
La Reine, Gralewicz *et autres* c. ... 493
La Reine, Harper (Down) c. ... 366
La Reine, MacKay c. ... 370
La Reine, Molis c. ... 356
La Reine, Northwest Falling Contractors Ltd. c. ... 292
La Reine, Pappajohn c. ... 120
La Reine, Paul c. ... 169
La Reine, Prytula c. ... 442
La Reine, Rabey c. ... 513
La Reine, Rhine c. ... 442
La Reine, Sheppe c. ... 22
La Reine, Swietlinski c. ... 956
La Reine, Walden c. ... 365
Labrecque *et autres*, Procureur général du Québec c. ... 1057
Landry c. Lapointe ... 412
Lapointe, Landry c. ... 412
Lepp, Hopp c. ... 192
Lewis c. Todd et McClure ... 694

M

MacKay c. La Reine ... 370
Mastermet Cobalt Mines Ltd. c. Canadaka Mines Ltd. ... 119
McLaughlin, R. c. ... 331
Minister of Highways and Public Works, British Pacific Properties Ltd. c. ... 283
Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse, Covert *et autres* c. ... 774

PAGE

Molis c. La Reine 356
Motor Transport Board *et autres*, National Freight Consultants Inc. *et autre* c. 621
Mousseau, R. c. 89

N

N. M. Paterson and Sons Ltd., R. c. 679
National Freight Consultants Inc. *et autre* c. Motor Transport Board *et autres* 621
Navire «Incan St. Laurent» *et autre*, Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. c. 242
Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine 292

P

Pappajohn c. La Reine 120
Paron Construction Ltd. c. Town Drywall Inc. 115
Paterson (N. M.) and Sons Ltd., R. c. 679
Paul c. La Reine 169
Pettkus c. Becker 834
Pine Creek School Division c. Pine Creek Division Association 179
Pine Creek Division Association, Pine Creek School Division c. 179
Potter (Carl B.) Ltd. c. Banque Mercantile du Canada 343
Proctor c. Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia 727
Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada *et autre* 466
Procureur général du Canada, Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. *et autres* c. 644
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada *et autre* 735
Procureur général du Québec c. Labrecque *et autres* 1057
Prytula c. La Reine 442
Purolator Courier Ltd. *et autres* c. Cornwall Gravel Co. Ltd. 118

Q

Quebec and Ontario Transportation Co. Ltd. c. Navire «Incan St. Laurent» *et autre* 242

PAGE

R

R. du chef du Manitoba c. Air Canada 303
R. c. Burdick 1056
R. c. Campbell 256
R. c. Chabot 985
R. c. Chatwin Motors Ltd. *et autres* 64
R. c. Dubois 21
R. c. Eklund 117
R. c. McLaughlin 331
R. c. Mousseau 89
R. c. N. M. Paterson and Sons Ltd. 679
R. c. Sutherland *et autres* 451
Rabey c. La Reine 513
Reibl c. Hughes 880
Rhine c. La Reine 442
Rockland Industries, Inc. c. Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd. 2

S

Sand *et autres*, Commission des loyers *et autres* c. 100
Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd. *et autre* 78
Senez c. Chambre d'Immeuble de Montréal 555
Shell Canada Ltd. c. Travailleurs Unis du Pétrole du Canada 181
Sheppe c. La Reine 22
Sous-procureur général du Canada, Dick *et autres* c. 243
Sutherland *et autres*, R. c. 451
Swietlinski c. La Reine 956

T

Thurston, Hechter *et autre* c. 254
Todd et McClure, Lewis c. 694
Town Drywall Inc., Paron Construction Ltd. c. 115
Travailleurs Unis du Pétrole du Canada, Shell Canada Ltd. c. 181

V

Ville de Vulcan, Canadien Pacifique Ltée *et autre* c. 177

PAGE

W

Walden c. La Reine 365
Williams c. Hillier *et autre* 368
Woelk *et autre* c. Halvorson 430

PAGE

Y

Yellow Cab Ltd. c. Board of Industrial Relations *et autres* 761

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A.G. of New South Wales v. Perpetual Trustees C. Ltd.	[1955] A.C. 457.	1085
Aetna Insurance Co. *et al.* v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 731.	69, 659, 669
Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.	[1919] A.C. 801.	239
Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Limited	[1976] 2 S.C.R. 221.	232
Albert Peter Molis v. Her Majesty The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356.	355
Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Commission des Relations ouvrières de la province de Québec *et al.*	[1953] 2 S.C.R. 140.	272, 755, 1029, 1046
Alworth v. Minister of Finance	[1978] 1 S.C.R. 447.	474
Amyot v. Léonard	[1974] C.A. 302.	1078
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229.	435, 708
Angle v. Minister of National Revenue	[1975] 2 S.C.R. 248.	618
Annable v. Coventry	(1912), 46 S.C.R. 573.	84
Anns v. London Borough of Merton	[1977] 2 All E.R. 492.	426
Anzil Construction Ltd. *et al.* and Township of West Gwillimbury *et al.*, Re	[1971] 2 O.R. 713.	1047
Armstrong v. Armstrong	(1978), 93 D.L.R. (3d) 128.	848
Armstrong v. Clark	[1957] 2 Q.B. 391.	539
Army and Navy Department Store Ltd. v. M.N.R.	[1953] 2 S.C.R. 496.	821
Arnell v. Harris	[1945] K.B. 60.	1004
Arnold v. Teno	[1978] 2 S.C.R. 287.	706
Association des policiers de la Cité de Giffard v. La Cité de Giffard	[1968] Que. Q.B. 863.	184
Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon	[1943] A.C. 550.	319, 478
Attorney-General v. Jackson	[1932] A.C. 365.	946
Attorney-General v. The Earl of Selborne	[1902] 1 K. B. 388.	806
Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada	[1937] A.C. 391.	479
Attorney General for British Columbia v. Kingcome Navigation Co.	[1934] A.C. 45.	478
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia and others	[1930] A.C. 111.	219

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Attorney General for Canada v. Attorney-General for Quebec	[1921] 1 A.C. 413.	222, 299
Attorney General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia	[1898] A.C. 700.	222
Attorney General for Quebec v. Cohen	[1979] 2 S.C.R. 305.	272
Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada	[1949] A.C. 110.	290
Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd.	[1913] A.C. 781.	878
Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Company and Ellett	[1979] 2 W.W.R. 683, [1980] 2 S.C.R. 466.	798
Attorney-General of Canada v. Lavell	[1974] S.C.R. 1349.	381
Attorney General of Ontario *et al.* v. Winner *et al.*	[1954] A.C. 541.	629
Attorney-General of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.	[1963] S.C.R. 570.	290
B		
B-Line Express Ltd. v. Motor Carriers Commission	[1975] 3 W.W.R. 598.	640
Babrociak v. Babrociak	(1978), 1 R.F.L. (2d) 95.	848
Balderson v. R.	(1898), 28 S.C.R. 261.	1084
Bank of New South Wales v. Piper	[1897] A. C. 383.	150
Bank of Toronto v. Lambe	(1887), 12 App. Cas. 575.	314, 473
Bank voor Handel en Scheepvaart v. Slatford and another	[1951] 2 All E.R. 779.	820
Barnette v. Potenza	(1974), 359 N.Y.S. 2d 432.	896
Bates v. Lord Hailsham	[1972] 1 W.L.R. 1373.	757
Beaudry v. Club St-Antoine	(1901), 19 C.S. 452.	568
Beaver v. The Queen	[1957] S.C.R. 531.	126, 134, 151
Beeds and The Queen, Re	(1972), 8 C.C.C. (2d) 462.	993
Bell Canada v. Earl Palmer	[1974] 1 F.C. 186.	595
Bellis v. U.S.	417 U.S. 85 (1974).	693
Bergin *et al.* and Township of King, Re	[1973] 3 O.R. 174.	1038
Best v. Samuel Fox & Co. Ld.	[1952] A.C. 716.	437
Bey v. Laliberté	[1976] C.A. 142.	1078
Bibby & Sons, Ltd. Pensions Trust Deed, Davies v. Inland Revenue Commissioners, J., Re	[1952] 2 All E.R. 483.	810
Bigelow v. Powers	(1911), 25 O.L.R. 28.	944
Bishop v. Ontario Securities Commission	[1964] 1 O.R. 17.	1025
Bleta v. The Queen	[1964] S.C.R. 561.	541
Bliss v. The Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183.	392, 405
Boardman v. Phipps	[1967] 2 A.C. 46.	951
Border Cities Press Club v. Attorney General for Ontario	[1955] 1 D.L.R. 404.	749
Boyce v. Edbrooke	[1903] 1 Ch. 836.	944
Boyd v. Brooks	(1865), 34 L.J.Ch. 605.	947
Braeside Farms Ltd. *et al.* and Treasurer of Ontario *et al.*, Re	(1978), 20 O.R. (2d) 541.	1029, 1052
Braniff Airways Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment	(1953), 347 U.S. 590.	317
Bratty v Attorney-General for Northern Ireland	[1963] A.C. 386.	519, 533
Bray v. Ford	[1896] A.C. 44.	938, 951
Brodie v. The King	[1936] S.C.R. 188.	26

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bryans v. Peterson	(1920), 47 O.L.R. 298.	106
Buhler and Rural Municipality of Stanley, Re	(1977), 72 D.L.R. (3d) 447, affirming 69 D.L.R. (3d) 602.	1025
Burland v. R.; Alleyn-Sharples v. Barthe	[1922] 1 A.C. 215.	477
Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England	[1979] 3 All E.R. 700.	60

C

C.P.R. v. Notre Dame de Bonsecours Parish	[1899] A.C. 367.	455
C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba	[1953] 4 D.L.R. 233.	474
Cahoon v. Conseil de la corporation des ingénieurs	[1972] R.P. 209.	1078
Calgary Power Ltd. v. Copithorne	[1959] S.C.R. 24.	1029
Canadian Aero Service Limited v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592.	951
Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.	[1971] S.C.R. 41.	234
Canadian Indemnity Company v. Okanagan Main Line Real Estate Board *et al.*	[1971] S.C.R. 493.	111
Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. The Government of Saskatchewan	[1978] 2 S.C.R. 545.	472
Canadian National Steamship Co. Ltd. v. Watson	[1939] S.C.R. 11.	854
Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.	[1949] O.R. 135.	88
Canterbury v. Spence	(1972), 464 F. 2d 772.	203, 896
Cardinal v. Attorney General of Alberta	[1974] S.C.R. 695.	463
Carriere, Preet and Davidson, Re	(1970), 14 C.R.N.S. 20.	1001
Carruthers Clinic Ltd. v. Herdman	[1956] O.R. 770.	263
Chelliah Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon	[1970] A.C. 1111.	1084
Chodikoff, Re	[1971] 1 O.R. 321.	788, 812
Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. v. Fortin	[1968] Que. Q.B. 536.	271
Cities Service Oil Co. v. Rubel	(1930), 66 O.L.R. 475.	84
City of Halifax v. Fairbanks Estate	[1928] A.C. 117.	472
City of Saskatoon v. Smith-Roles Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 1121.	288
Clark and the Attorney-General of Canada, Re	(1977), 17 O.R. (2d) 593.	51
Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.	[1973] 2 O.R. 57.	878
Clements & Toronto, Re	[1960] O.R. 18.	1041
Club de la Garnison de Québec v. Lavergne	(1918), 27 K.B. 37.	568
Cobbs v. Grant	(1972), 502 P.2d 1.	896
Cock v. Labour Relations Board	(1960), 26 D.L.R. (2d) 127.	1036
Commercial Plastics Ltd. v. Vincent	[1965] 1 Q.B. 623.	878
Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec v. Distribution Kinéma Ltée	[1977] C.A. 308.	831
Commission des Relations de Travail du Québec v. L'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada	[1969] S.C.R. 466.	831
Commissioners of Inland Revenue v. The Duke of Westminster	[1936] A.C.1.	806
Committee for Justice and Liberty *et al.* v. National Energy Board *et al.*	[1978] 1 S.C.R. 369.	380
Compton, Norton v. Compton, Re	(1885), 30 Ch. D. 15.	949

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors	[1940] 4 All E.R. 179.	874
Container Materials, Ltd. *et al.* v. The King	[1942] S.C.R. 147.	670
Cooke v. Head	[1972] 2 All E.R. 38.	850, 860
Cooper v. Cooper	(1888), 13 A.C. 88.	853
Cooper v. McKenna	[1960] Queensland L.R. 406.	539
Cooper v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1149.	533, 544
Cooper v. Wandsworth Board of Works	(1863), 14 C.B. (N.S.) 180.	1024, 1046
Corporation du village de Danville v. Lamarche	[1953] Q. B. 579.	574
Corporation du Gaz Naturel du Québec v. Frank	[1961] Q.B. 792.	575
Corporation of the City of Toronto v. Russell	[1908] A.C. 493.	808
Cossitt v. M.N.R.	[1949] 4. D.L.R. 705.	810
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board	[1968] S.C.R. 569.	625, 637
Criminal Code, In Re	(1910), 43 S.C.R. 434.	1004
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889.	381, 392, 683

D

D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council	[1976] 1 W.L.R. 852.	793
Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.	[1916] 2 A.C. 307.	820
Daniels v. White and The Queen	[1968] S.C.R. 517.	167
Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto *et al.*, Re	(1977), 15 O.R. (2d) 553.	751
De Havilland Aircraft of Canada Ltd. and City of Toronto, Re	(1980), 27 O.R. (2d) 721.	1041
Director of Public Prosecutions v. Beard	[1920] A.C. 479.	970
Director of Public Prosecutions v. Majewski	[1976] 2 All E.R. 142.	970
Director of Public Prosecutions v. Morgan	[1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.	125, 136, 140
Dorval v. Bouvier	[1968] S.C.R. 288.	417
Douglas v. Guaranty Trust Company of Canada	(1978), 8 R.F.L. (2d) 98.	848
Doyle v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 597.	272, 989
Dunlop and Sylvester v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 881.	158
Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.	[1915] A.C. 847.	236
Dunn v. R.	[1896] 1 Q.B. 116.	1083

E

E.B.M. Co. Ltd. v. Dominion Bank	[1937] 3 All E.R. 555.	820
Eaton Company Ltd. *et al.* v. Smith *et al.*	[1978] 2 S.C.R. 749.	232
Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Area Licensing Authority	[1951] 2 K.B. 366.	822
Edwards v. Attorney General of Canada	[1930] A.C. 124.	478
Ellis v Kerr	[1910] 1 Ch. 529.	944
Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 916.	872
Erven v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 926.	366
Essex County Council v. Minister of Housing	(1967), 66 L.G.R. 23.	758
Essgee Co. v. U.S.	262 U.S. 151 (1923).	693
Eusler and Budovitch and The Queen	(1978), 43 C.C.C. (2d) 501.	1001
Eves v. Eves	[1975] 3 All E.R. 768.	850

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
F		
Falconbridge Nickel Mines Ltd. and United Steelworkers of America, Re	[1972] 2 O.R. 709.	1034
Fenn v. City of Peterborough	(1978), 25 O.R.(2d) 399.	716
Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ld.	[1943] A.C. 32.	857
Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb	[1965] 2 All E.R. 4.	617
Finney *et al.* v. Callender *et al.*	(1971), 20 D.L.R. (3d) 301.	438
Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.	[1951] 1 Lloyds L.R. 32.	111
Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba, Re	(1977), 77 D.L.R. (3d) 445.	54
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers *et al.*	[1980] 1 S.C.R. 1031.	455
Frank v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 95.	460
Fraternité Internationale des ouvriers en électricité v. Bédard-Girard Limitée	[1969] Que. Q.B. 991.	184
Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.	[1964] 2 Q.B. 480.	13
Frey v. Fedoruk *et al.*	[1950] S.C.R. 517.	508
Fribance v. Fribance	[1957] 1 All E.R. 357.	843
Fry, Ex parte	[1954] 1 W.L.R. 730.	1036
G		
Gagné v. Ouellet	[1958] R.L. 102.	566
Gagnon v. Gauthier	[1958] Que. Q.B. 401.	417
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet	[1977] 2 S.C.R. 537.	184, 1063
Genois v. The King	[1937] Ex.C.R. 176.	1084
Gervais, Danias	CUB 4417, (Nov. 12, 1976).	584
Gissing v. Gissing	[1971] A.C. 886.	842, 854, 860
Gladys Petts & The Alberta Teachers' Association v. Umpire Constituted Under Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971.	[1974] 2 F.C. 225.	246
Glatt v. Glatt	[1935] D.L.R. 99 [1936] O.R. 75.	944
Gledhow Autoparts, Ltd. v. Delaney	[1965] 3 All E.R. 288.	878
Globe *et al.* v. Vézina	[1970] C.A. 121.	417
Goodbun v. Mitchell	[1928] 3 D.L.R. 709.	691
Gorman v. Hertz Drive Yourself Stations of Ontario Ltd. *et al.*	[1966] S.C.R. 13.	436
Gould v. Stuart	[1896] A.C. 577.	1084
Grey Electronic Supply Limited, Re	(1974), 6 O.R. (2d) 308.	104
Grottoli v. Lock and Sons Ltd., Re	(1963), 39 D.L.R. 128.	1074
H		
Hale v. Henkel	201 U.S. 43 (1906).	693
Halushka v. University of Saskatchewan	(1965), 53 D.L.R. (2d) 436.	197
Harding v. The Commissioner of Stamps for Queensland	[1898] A. C. 769.	479
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561.	1033
Harrison v. Duke of Rutland	[1893] 1 Q.B. 142.	98
Hawrish v. Bank of Montreal	[1969] S.C.R. 515.	113
Hedley Byrne v. Heller	[1964] A.C. 465.	202
Herbert Morris, Limited v. Saxelby	[1916] 1 A.C. 688.	874

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Herman *et al.* and Kalbfleisch *et al.*, Re	[1972] 2 O.R. 720.	1020
Hershoran and City of Windsor *et al.*, Re	(1973), 1 O.R. (2d) 291, affirmed (1974), 3 O.R. (2d) 423.	1028, 1047
Hickman v. Maisey	[1900] 1 Q.B. 752.	98
Hill v. Baxter	[1958] 1 Q.B. 277.	536
Hodge	(1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.	665
Hoffman-LaRoche & Co. A.G. and others v. Secretary of State for Trade and Industry	[1975] A.C. 295.	1034
Holder v. Holder	[1968] 1 Ch. 353.	952
Holmes *et al.* and Regional Municipality of Halton, Re	(1977), 16 O.R. (2d) 263.	1041
Holt v. Markham	[1923] 1 K.B. 504.	856
Hood v. Hood	[1972] S.C.R. 244.	85, 417
Hopp v. Lepp	[1980] 2 S.C.R. 192.	884
Household Finance Corporation v. Foster Limited *et al.*	[1949] O.R. 123.	106
Howard and City of Toronto, Re	(1928) 61 O.L.R. 563.	1031
Howard Smith Paper Mills Ltd. *et al.* v. The Queen	[1957] S.C.R. 403.	659, 671
Hussey v. Palmer	[1972] 1 W.L.R. 1286.	858
I		
Imbleau *et al.* v. Laskin *et al.*	[1962] S.C.R. 338.	187
Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon and Others, In re	[1963] 1 Ch. 502.	937
Inglewood Pulp and Paper Co. Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission	[1928] A.C. 492.	289
Inland Revenue Commissioners v. Hambrook	[1956] 2 Q.B. 641.	1085
International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault	[1947] 1 D.L.R. 5.	571
Interprovincial Co-Operatives Limited *et al.* v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 477.	222, 300
J		
Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited	[1968] 1 W.L.R. 625.	111
James, Ex parte	(1803), 8 Ves. 337.	951
Jamesway v. Krug	(1932), 41 O.W.N. 146.	106
Jarvis v. Associated Medical Services Inc.	[1964] S.C.R. 497.	831
John v. The Queen	[1971] S.C.R. 781.	677
Johnson, In Re	(1887), 20 Q.B.D. 68.	174
Joly and The Queen, Re	(1978), 41 C.C.C. (2d) 538.	994
K		
Keizer v. Hanna and Buch	[1978] 2 S.C.R. 342.	706
Kelly v. Hazlett	(1976), 15 O.R. (2d) 290.	209, 889
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220.	127, 158
Kenny v. Lockwood	[1932] O.R. 141.	201
Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board	[1940] 1 K.B. 319.	428
Kerr v. Superintendent of Income Tax and Attorney-General for Alberta	[1942] S.C.R. 435.	473
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.	24, 302
Kindree v. Minister of National Revenue	[1965] 1 Ex. C.R. 305.	262

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Kipp v. Attorney General for Ontario	[1965] S.C.R. 57.	499
Kleifges, In re	[1978] 1 F.C. 734.	595
Klein v. Bell	[1955] S.C.R. 309.	693
Kleysen's Cartage Co. Ltd. and Motor Carrier Board of Manitoba, Re	(1965), 48 D.L.R. (2d) 716.	631
Kline v. Kline	(1871), 3 Chamb. Rep. 161.	939, 947
Koehler *et al.* v. Cook	(1975), 65 D.L.R. (3d) 766.	897
Koufis v. The King	[1941] S.C.R. 481.	26
Kruger and Manuel v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104.	455
L		
Larichelière v. Hôpital Sainte Jeanne d'Arc de Montréal	[1958] R.P. 194.	575
Latour v. Grenier	[1945] S.C.R. 749.	417
Laurentide Finance Company v. The Queen	(1978), 7 Alta L.R. (2d) 193.	689
Lavergne v. Club de la Garnison	(1917), 51 C.S. 349.	568
Lea v. City of Medicine Hat	[1917] 2 W.W.R. 789.	691
Leary v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 29.	144, 968
Lefebvre, Docteur v. Ledoux, Docteur	[1973] C.A. 645.	1078
Leroux v. The King	(1950), 10 C.R. 294.	27
Lethbridge Northern Irrigation District Trustees v. I.O.F. and the Attorney General of Canada	[1940] A.C. 513.	291
Lido Construction Inc. v. Crédit Sorel Inc.	[1977] C.S. 926.	576
Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor	[1969] 3 All E.R. 855.	791, 819
Livingstone v. The Rawyards Coal Company	(1880), 5 App. Cas. 25.	712
Loane v. Casey	(1775), 96 E.R. 569.	948
Lucas v. Lucas and Commissioner for India	[1943] 2 All E.R. 110.	1084
M		
M.N.R. v. Inland Industries Limited	[1974] S.C.R. 514.	588
Macaura v. Northern Assurance Company, Limited and others	[1925] A.C. 619.	797, 820
MacAskill v. The King	[1931] S.C.R. 330.	975
MacEachern v. Margaritis	[1969] Que. Q.B. 481.	184
MacKeen	(1977), 36 A.P.R. 572.	784
MacNaughton, Re	(1973), 17 C.B.R. (N.S.) 211.	944
Male v. Hopmans	(1967), 64 D.L.R. (2d) 105.	206
Mallett v. McMonagle	[1970] A.C. 166.	710
Maltais v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 441.	333
Maluorni v. Ville Mont-Royal	[1969] Q.B. 922.	184, 1064
Marcoux and Solomon v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763.	683
Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union	(1972), 24 D.L.R. (3d) 585.	223, 299
Marshall v. Curry	[1933] 3 D.L.R. 260.	891
Martin v. Martin *et al.*	[1937] O.W.N. 444.	945
Martin Service Station Ltd. v. M.N.R.	[1977] 2 S.C.R. 996.	479
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	(1979), 30 N.R. 119; [1980] 1 S.C.R. 602.	750, 1051
Martinoff v. Gossen	[1979] 1 F.C. 327, appeal dismissed [1979] 1 F.C. iv.	595

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Marvin v. Marvin	(1976), 557 P.2d 106.	850
Maurice Rollins Construction Ltd. and Township of South Fredericksburgh, In Re	(1975), 11 O.R. (2d) 418.	1041, 1047
Maze v. Empson	[1964] S.C.R. 576.	417
Mazza v. The Queen	[1978] 2 S.C.R. 907.	144
McCannell v. McLean	[1937] S.C.R. 341.	436
McDoom v. Minister of Manpower and Immigration	[1978] 1 F.C. 323.	595
McGrath, Ex. p.	(1975), 23 C.C.C. (2d) 214.	998
McGreevy v. Director of Public Prosecutions	[1973] 1 All E.R. 503.	676
McKeown v. The Queen	[1971] S.C.R. 446.	171
McLean v. Vancouver Harbour Commissioners	[1936] 3 W.W.R. 657.	1084
McMartin and City of Vancouver, Re	(1968), 70 D.L.R. (2d) 38.	1030
McNamara Construction (Western) Limited v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654.	324, 445
Mendelsohn v. Norman Ltd.	[1970] 1 Q.B. 177.	111
Métivier v. Cadorette	[1977] 1 S.C.R. 371.	84, 417
Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney-General, In re	[1947] 1 Ch. 615.	786
Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.	(1973), 4 L.C.R. 85.	286
Minister of National Revenue v. Gustavson Drilling (1964) Ltd.	[1972] F.C. 92, affirmed [1972] F.C. 1193, affirmed [1977] 1 S.C.R. 271.	585
Minister of Revenue for the Province of Ontario v. McCreath *et al.*	[1977] 1 S.C.R. 2.	794, 825
Monette v. Société St-Jean-Baptiste de Valleyfield	(1886), 30 L.C.J. 150.	569
Montana Catholic Missions v. Missoula County	(1905), 200 U.S. 118.	813
Montreal Trust Company and Others v. Minister of National Revenue	[1958] S.C.R. 146.	787, 815
Morgan v. Ashcroft	[1938] 1 K.B. 49.	857
Moses v. Macferlan	(1760), 2 Burr. 1005.	847, 856
Mulcahy v. The Queen	(1868), L.R. 3 H.L. 306.	26, 672
Mulholland's Will Trusts. Bryan and others v. Westminster Bank Ltd., Re.	[1949] 1 All E.R. 460.	953
Mulloy v. Hop Sang	[1935] 1 W.W.R. 714.	891
Multi-Malls Inc. and Attorney-General for Ontario *et al.*, Re	(1974), 5 O.R. (2d) 248.	1047
Murdoch v. Murdoch	[1975] 1 S.C.R. 423.	842, 854, 860
Murphy v. Canadian Pacific Railway Company	[1958] S.C.R. 626.	446
Murray v. McMurchy	[1949] 2 D.L.R. 442.	891
Myran *et al.* v. The Queen	[1976] 2 S.C.R. 137.	460

N

Nakkuda Ali v. Jayaratne.	[1951] A.C. 66.	1051
Nance v. British Columbia Electric Railway Co. Ld.	[1951] A.C. 601.	435
Neale v. Turton	(1827), 4 Bing. 149; 130 E.R. 725.	944
New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.	[1975] A.C. 154.	238
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311.	729, 745, 1050
No. 594 v. Minister of National Revenue	(1959), 21 Tax A.B.C. 212.	262
Nocton v. Ashburton	[1914] A.C. 932.	202

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited	[1894] A.C. 535.	871
Northwest Airlines, Inc. v. Minnesota	(1943), 322 U.S. 292.	316
O		
Ohio v. Wyandotte Chemical Corp.	(1971), 401 U.S. 493.	54
Ontario Bank v. O'Reilly	(1906), 12 O.L.R. 420.	944
Orangeville Highlands Ltd. *et al.* v. Attorney General of Ontario and Township of Mono	(1975), 8 O.R. 97.	1029
Orchard v. Tunney	[1957] S.C.R. 436.	571
P		
P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1976] 2 S.C.R. 739.	1033
Paradis v. The King	[1934] S.C.R. 165.	26, 674
Parashuram Detaram Shamdasani v. King-Emperor	[1945] A.C. 264.	174
Parmley v. Parmley and Yule	[1945] S.C.R. 635.	196
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449, aff'g (1971), 5 C.C.C. (2d) 11 (Sask. C.A.).	530
Paterson	[1951] S.C.R. 852.	329
Patterson v. The Queen	[1970] S.C.R. 409.	271, 1005
Pearlberg v. Varty	[1972] 1 W.L.R. 534.	746
Peck v. The Queen	[1964] Ex. C.R. 966.	1084
People v. McCormick	(1904), 208 Ill. R. 437.	813
Pereira v. United States	374 U.S. 1 (1954).	27
Perrault v. The Queen	[1971] S.C.R. 196.	975
Perry v. National Provincial Bank of England	[1910] 1 Ch. 464.	107
Pettitt v. Pettitt	[1970] A.C. 777.	842, 854, 860
Philipzyk v. Edmonton Real Estate Board Co-operative Listing Bureau Ltd.	(1975), 55 D.L.R. (3d) 424.	570
Phillips, In re	[1931] W. N. 271.	945
Phosphate Sewage Co. v. Molleson	(1879), 4 App. Cas. 801.	617
Pilon v. Samson	[1951] R.P. 321.	573
Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue	[1938-39] C.T.C. 411.	822
Powell v. Streatham Manor Nursing Home	[1935] A.C. 243.	84
Prata v. The Minister of Manpower and Immigration	[1976] 1 S.C.R. 376.	391, 405
Prata v. The Minister of Manpower and Immigration	[1972] F.C. 1405; (1972), 31 D.L.R. (3d) 465.	386, 393
Prince and Myron v. The Queen	[1964] S.C.R. 81.	460
Prince Albert Pulp Co. v. Foundation Company of Canada Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 200.	287
Procureur général de la province de Québec v. Tribunal du travail	[1978] C.A. 103.	1084
Procureur général de la Province de Québec v. Tribunal du Travail et Syndicat des Fonctionnaires provinciaux du Québec Inc.	[1975] C.A. 8.	1063
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada	[1931] A.C. 310.	478
Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr	[1933] A.C. 710.	477
Prudential Insurance Co. Ltd. v. Forseth	[1960] S.C.R. 210.	85

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Purzon du Canada Ltée and Maranda v. The Queen *et al.*	(1971), 22 C.R.N.S. 1.	689

Q

Quebec North Shore Paper Company *et al.* v. Canadian Pacific Limited *et al.*	[1977] 2 S.C.R. 1054.	242, 324

R

R. ex rel. Clinton v. Strongquill	(1953), 105 C.C.C. 262.	94, 457
R. v. Anthes Business Forms Limited *et al.*	(1976), 26 C.C.C. (2d) 349.	670
R. v. Armco Canada Ltd. *et al.*	(1976), 13 O.R. 2(d) 32.	672
R. v. Armco Ltd. and others	(1975), 6 O.R. (2d) 521.	649
R. v. Bagshaw	[1972] S.C.R. 2.	677
R. v. Bank of Montreal	(1963), 36 D.L.R. (2d) 45.	687
R. v. Basken and Kohl	(1974), 21 C.C.C. (2d) 321.	274
R. v. Beamish Construction Co. Ltd.	[1967] 1 C.C.C. 301.	688
R. v. Beaudoin	(1913), 22 C.C.C. 319.	1001
R. v. Berger	(1975), 27 C.C.C. (2d) 357.	545
R. v. Botting	(1966), 48 C.R. 73; [1966] 2 O.R. 121.	271, 991, 1001
R. v. Bourke	(1970), 91 W.N. (N.S.W.) 793.	151
R. v. Bresse, Vallières and Théberge	(1978), 48 C.C.C. (2d) 78, [1978] C.A. 443.	145
R. v. Brighton Corporation; Thomas Tilling, Lim., Ex parte	(1916), 85 L.J.K.B. 1552.	1026
R. v. Brown	[1895] 1 Q.B. 119.	1001
R. v. Brown	(1975), 10 S.A.S.R. 139.	151
R. v. Burnshine	[1975] 1 S.C.R. 693.	386, 391, 392, 405
R. v. Burrows et al.	(1966), 54 C.P.R. 95.	676
R. v. Canadian American Transfer Ltd.	[1970] 1 O.R. 262.	632
R. v. Carter	[1959] V.R. 105.	538
R. v. Celebrity Enterprises Ltd. *et al.*	[1977] 4 W.W.R. 144.	501
R. v. Chapman and Grange	[1973] 2 O.R. 290.	506
R. v. Charlson	[1955] 1 All E.R. 859.	535
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.	690
R. v. Cominco Ltd. — Cominco Ltée *et al.*	[1980] 2 W.W.R. 693.	673
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860.	659, 677
R. v. Cottle	[1958] N.Z.L.R. 999.	524
R. v. Cotton	(1912), 45 S.C.R. 469.	472
R. v. Court of Sessions, Ex p. Lafleur	[1967] 3 C.C.C. 244.	394
R. v. Cullum	(1973), 14 C.C.C. (2d) 294.	543
R. v. Cusack	[1971] 1 Nfld. & P.E.I.R. 496.	543
R. v. D'Eyncourt	(1888), 21 Q.B.D. 109.	1004
R. v. Daly	[1968] V. R. 257.	141
R. v. Deol, Gill and Randev	(1979), 12 C.R. (3d) 262.	993
R. v. DeWolfe	(1976), 31 C.C.C. (2d) 23.	984
R. v. Drybones	[1970] S.C.R. 282.	381, 405
R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent	[1961] O.R. 265.	673
R. v. Elliott	[1970] 2 O.R. 102.	992

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.	[1967] 1 C.C.C. 386.	687
R. v. Fane Robinson Ltd.	[1941] 3 D.L.R. 409.	690
R. v. Finnessey	(1906), 10 C.C.C. 347.	274
R. v. Fisher	[1903] A.C. 158.	1084
R. v. Flaherty and others	(1968], 89 W.N. (N.S.W.) 141.	141
R. v. Flannery and Prendergast	[1969] V.R. 31.	142
R. v. Flattery	(1877), 13 Cox C.C. 388.	140
R. v. Gage	(1908), 18 Man. R. 175.	675
R. v. Gagnon	[1956] S.C.R. 635.	26
R. v. General Commissioners for the Purposes of the Income Tax Act	[1917] 1 K.B. 486.	1036
R. v. George	[1960] S.C.R. 871.	970
R. v. Glibbery	(1962), 36 D.L.R. (2d) 548.	641
R. v. Gonzales	(1962), 37 W.W.R. 257.	382
R. v. Goodfellow	(1906), 10 C.C.C. 424.	26
R. v. Gould	[1968] 1 All E.R. 849.	150
R. v. Graves	(1912), 9 D.L.R. 30.	973
R. v. Harrigan and Graham	(1975), 33 C.R.N.S. 60.	995
R. v. Hartridge	(1966), 57 D.L.R. (2d) 332.	540
R. v. Hauser	[1979] 1 S.C.R. 984.	396, 402
R. v. Hayes	[1942] 2 D.L.R. 85.	26
R. v. Hornbuckle	[1945] V. L. R. 281.	141
R. v. I.O.F. and the Attorney General of Canada	[1940] A.C. 513.	291
R. v. Isaac	[1973] 3 O.R. 833.	641
R. v. James	(1974), 30 C.R.N.S. 65.	542
R. v. Jean Talon Fashion Centre Inc.	(1975), 22 C.C.C. (2d) 223.	506
R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd.	[1971] 3 C.C.C. (2d) 204.	689
R. v. K.	(1970), 3 C.C.C. (2d) 84.	518, 530
R. v. Kasperek	(1951), 101 C.C.C. 375.	540
R. v. Kemp	[1956] 3 All E.R. 249.	523
R. v. King	[1962] S.C.R. 746.	977
R. v. King	[1963] 3 All E.R. 561.	150
R. v. Knuller	[1973] A.C. 435.	505
R. v. Krausz	(1973), 57 Cr. App. R. 466.	274
R. v. Kravenia	[1955] S.C.R. 615.	26
R. v. Lawson	(1978), 39 C.C.C. (2d) 85.	273
R. v. Little Bear	(1958), 122 C.C.C. 173.	97
R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association	[1972] 2 Q.B. 299.	1026
R. v. Lovitt	[1912] A.C. 212.	479
R. v. Loyer and Blouin	[1978] 2 S.C.R. 631.	27
R. v. MacIntyre	(1978), 42 C.C.C. (2d) 217.	273
R. v. MacKay	[1930] S.C.R. 130.	286
R. v. Maclean	(1974), 17 C.C.C. (2d) 84.	360
R. v. McKenna, McKinnon and Nolan	(1976), 32 C.C.C. (2d) 210.	274
R. v. McPherson	[1971] 2 W.W.R. 640.	460
R. v. Minor	(1955), 112 C.C.C. 29.	540

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Mitchell	[1964] S.C.R. 471.	676
R. v. Monkman	(1975), 30 C.R.N.S. 338.	1001
R. v. Mooney	(1905), 15 Que. K.B. 57.	1001
R. v. Morin	(1917), 28 C.C.C. 269.	991
R. v. Morris	(1977), 1 C.R. (3d) 284.	273
R. v. Moulton	[1980] 1 W.W.R. 711.	273
R. v. Mousseau	[1980] 2 S.C.R. 89.	459
R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.	(1955), 111 C.C.C. 241.	670
R. v. Nyczyk	(1919), 31 C.C.C. 240.	991
R. v. O'Brien	(1976), 31 C.C.C. (2d) 396.	273
R. v. O'Brien	[1954] S.C.R. 666.	673
R. v. Odeon Morton Theatres Ltd. and United Artists Corporation	[1974] 3 W.W.R. 304.	76
R. v. Pacific Rim Mariculture Ltd.	[1978] 3 W.W.R. 477.	689
R. v. Paul	(1975), 27 C.C.C. (2d) 1.	677
R. v. Philbin and Henderson	(1977), 37 C.C.C. (2d) 528.	993
R. v. Philips	(1906), 11 O.L.R. 478.	1001
R. v. Plummer and Brown	(1976), 24 C.C.C. (2d) 497.	125, 145
R. v. Porter	(1933), 55 C.L.R. 182.	538
R. v. Prince	(1875), 13 Cox C.C. 138.	147
R. v. Quick, R. v. Paddison	(1973), 57 Cr. App. R. 722.	539
R. v. Quon	[1948] S.C.R. 508.	28
R. v. Rees	[1956] S.C.R. 640.	151
R. v. Resener	[1968] 4 C.C.C. 129.	968
R. v. Robertson	(1882), 6 S.C.R. 52.	221, 298
R. v. Roussel	(1979), 10 C.R. (3d) 184.	273
R. v. Salvietti	(1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.	142
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.	301, 364
R. v. Sednyk	(1956), 23 C.R. 340.	994
R. v. Seguin	(1912), 20 C.C.C. 69.	991
R. v. Sibbles	[1959] Crim. L.R. 660.	539
R. v. Siggins	(1960), 127 C.C.C. 409.	28
R. v. Smith	[1935] 3 D.L.R. 703.	93, 459
R. v. Smith	[1972] S.C.R. 359.	625, 637
R. v. Smith	[1974] 1 All E. R. 632.	151
R. v. Sperotto	(1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.	142
R. v. Sproule	(1975), 30 C.R.N.S. 56.	543
R. v. Tennant and Naccarato	(1975), 23 C.C.C. (2d) 80.	984
R. v. The Aluminum Company of Canada *et al.*	(1976), 29 C.P.R. (2d) 183.	72
R. v. Tolson	(1889), 23 Q.B. 168.	147
R. v. United Grain Growers Ltd.	(1978), 7 Alta L.R. (2d) 111.	689
R. v. Wakefield	(1957), 75 W.N. (N.S.W.) 66.	538
R. v. Warner	[1969] 2 A.C. 256.	150
R. v. Wesley	(1932), 58 C.C.C. 269.	93, 460
R. v. Williams	[1914] K.B. 608.	1036
R. v. Withers	[1975] A.C. 842.	505
R. v. Workman and Huculak	[1963] S.C.R. 266.	127
R. Venkata Rao v. Secretary of State for India	[1937] A.C. 248.	1084
Ransom v. Higgs	(1974), 50 T.C. 1.	826

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436.	842, 855, 860
Reading v. Attorney-General	[1951] A.C. 507.	857
Reference as to the Constitutional Validity of Certain Sections of the Fisheries Act, 1914	[1928] S.C.R. 457.	223, 299
Reference re Certain Titles to Land in Ontario	[1973] 2 O.R. 613.	1020
Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.	[1972] S.C.R. 811.	638
Reilly v. The King	[1932] Ex.C.R. 14.	1084
Ridge v. Baldwin and others	[1964] A.C. 40.	1050
Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.	[1978] 1 All E.R. 434.	43, 58
Riordan v. War Office	[1959] 1 W.L.R. 1046.	1084
Rodd v. County of Essex	(1910), 44 S.C.R. 137.	1038
Rodwell v. Thomas	[1944] L.R. 1 K.B. 596.	1084
Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners	[1968] 1 All E.R. 257.	790, 816
Rogers and Pyke v. The Township of North York *et al.*	[1951] O.R. 79.	1045
Rose v. Aftenberger *et al.*	[1970] 1 O.R. 547.	107
Rose v. Township of West Wawanosh *et al.*	(1890), 19 O.R. 294.	1041
Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.	(1920), 47 O.L.R. 308.	740
Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd. *et al.*	[1976] 2 S.C.R. 35.	232
Royal Trust Company v. Minister of Finance of the Province of British Columbia	[1922] 1 A.C. 87.	480
Ruabon Steamship Company, Limited v. London Assurance	[1900] A.C. 6.	848
Ruel v. Banque Provinciale du Canada	[1971] C.A. 343.	575
Russell v. Duke of Norfolk	[1949] 1 All E.R. 109.	747
Ryan v. Charlesworth	[1930] S.C.R. 427.	939

S

Salajko, Ex p.	(1974), 19 C.C.C. (2d) 368.	991
Salomon v. Salomon	[1897] A.C. 22.	820
Samson v. R.	[1957] S.C.R. 832.	1084
Sansom *et al.* v. Peay	[1976] 3 All E.R. 375.	808
Schloendorff v. Society of New York Hospital	(1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.	890
Schweizer v. Central Hospital *et al.*	(1974), 53 D.L.R. (3d) 494.	891
Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.	[1962] A.C. 446 (H.L.), [1962] 1 All E.R. 1.	234
Seafarers' International Union v. Stern	[1961] S.C.R. 682.	570
Selvarajan v. Race Relations Board	[1976] 1 All E.R. 12.	747, 1053
Serre *et al.* v. Town of Rayside-Balfour	(1975), 11 O.R. (2d) 779.	1041
Shaw v. D.P.P.	[1962] A.C. 220.	505
Shenton v. Smith	[1895] A.C. 229.	1083
Shumiatcher, Re	[1964] 3 C.C.C. 359.	1001
Smith v. Auckland Hospital Board	[1964] N.Z.L.R. 241.	207
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680.	394
Sokoloski v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 523.	26
South East Asia Bricks Sdn. Bhd. v. Non Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union	[1980] 3 W.L.R. 318.	1062
Spears and Levy *et al.*, Re	(1975), 52 D.L.R. (3d) 146.	848
Standard Oil Co.'s Claim	[1927] B.Y. Int'l L. 156.	820

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Steed and Raeburn Estates; Minister of National Revenue v. Fitzgerald *et al.*	[1949] S.C.R. 453.	810
Stein *et al.* v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.	700, 875
Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd. et al	(1975), 11 O.R. (2d) 129.	879
Stirland v. Director of Public Prosecutions	[1944] A.C. 315.	1004
Suisse Atlantic v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale	[1967] 1 A.C. 361.	723
Sutherland v. Municipal Council of The Township of East Nissouri	(1853), 10 U.C.Q.B. 626.	1041
Sweet v. Parsley	[1969] 1 All E.R. 347.	146
Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec v. Bérubé	[1971] C.S. 249.	1084
Syndicat National des Employés de Baie Comeau *et al.* v. La Société Canadienne de métaux Reynods Ltée	[1976] C.A. 26.	184

T

Tennant v. Smith	[1892] A.C. 150.	806
Terrell v. Secretary of State for the Colonies	[1953] 2 Q.B. 482.	1085
Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass	[1972] A.C. 153.	684
Thodas, Re	(1970), 10 C.R.N.S. 290.	506
Thomas v. The King	(1937), 59 C.L.R. 279.	148
Thompson and Norris v. Lamport and Chartered Trust and Executor Co. and Thompson	[1945] S.C.R. 343.	945
Thorne v. Motor Trade Association	[1937] A.C. 797.	151
Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 974.	290
Toronto General Trusts v. The King	[1919] A.C. 679.	480
Toronto Transit Commission v. City of Toronto	[1969] 2 O.R. 637.	610
Town of Grandview v. Doering	[1976] 2 S.C.R. 621.	617
Traders Finance Corp. Ltd.Limited v. Halverson	(1968), 2 D.L.R. (3d) 666.	106
Trans-Canada Pipe Lines Ltd. v. Township of Macaulay	[1963] 2 O.R. 41.	610
Travailleurs Unis du Pétrole, Local 3 v. Pétrofina Canada Ltée	[1977] C.A. 348.	184
Triplex Safety Glass Co. v. Lancezaye Safety Glass (1934) Ltd.	[1939] 2 K.B. 395.	693
Tropwood A.G., and the Owners of the Vessel Tropwood v. Sivaco Wire & Nail Company and Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.	[1979] 2 S.C.R. 157, 99 D.L.R. (3d) 235.	324
Tweddle v. Atkinson	(1861), 1 B.S. 393.	236

U

U.S. v. Kordel	397 U.S. 1 (1970).	693
U.S. v. White	322 U.S. 694 (1944).	693
Uniacke v. Attorney-General (In Re Miller's Agreement)	[1947] Ch. D. 615.	809
Union St-Joseph de Montréal v. Lapierre	(1880), 4 S.C.R. 164.	569
United States v. Patterson	(1893), 150 U.S.R. 65.	1005
United States v. Skillman	442 F. 2d 542 (1971).	26
University of Saskatchewan v. S.C.F.P.	[1978] 2 S.C.R. 834.	1078

V

Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec	[1979] 1 S.C.R. 555.	954
Vancouver Real Estate Board v. Moscrop Realty Ltd.	[1961] S.C.R. 418.	569

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd. v. Lieutenant-Governor in Council of British Columbia	(1963), 42 D.L.R. (2d) 82.	639
Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York	[1933] A.C. 70.	239
Vautrin v. Le ministre des Finances	[1969] C.S. 390.	1084
Verreault & Fils v. Attorney General of Quebec	[1977] 1 S.C.R. 41.	1082
Vézina v. Corporation de la Ville de Mégantic	(1935), 39 R.P. 223.	573
Ville de Montréal v. De Montigny	(1910), 20 Q.B. 49.	572
Vyse v. Foster	(1874), L.R. 7 H.L. 318.	952

W

Wanklyn *et al.* v. M.N.R.	[1953] 2 S.C.R. 58.	811
Watmore v. Jenkins	[1962] 2 All E.R. 868.	539
Watson v. Northern School Board *et al.*	[1976] 5 W.W.R. 703.	1034
Watt and Registrar of Motor Vehicles, Re	(1957), 13 D.L.R. (2d) 124.	1046
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957.	1026
Welsback Incandescent v. New Sunlight	[1900] 2 Ch. 1.	691
Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co., Re	(1977), 16 O.R. (2d) 273.	43
White v. Kuzych	[1951] A.C. 585.	571
Widrig v. Strazer *et al.*	[1964] S.C.R. 376.	436
Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company	[1922] 1 A.C. 202.	748
Wilson v. Inyang	[1951] 2 K.B. 799; [1951] 2 All E.R. 237.	136, 151
Wilson v. U.S.	221 U.S. 361 (1911).	693
Winans v. Attorney General	[1910] A.C. 27.	479
Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital	[1940] O.W.N. 238.	891
Wiseman v. Borneman	[1971] A.C. 297.	745
Wiswell v. The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg	[1965] S.C.R. 512.	611, 1030, 1046
Woodward v. Darcy	(1555), 1 Plowd. 184; 75 E.R. 282.	946
Wright, McDermott & Feeley v. The Queen	[1964] S.C.R. 192.	506
Wu v. The King	[1934] S.C.R. 609.	127
Wyman and Moscrop Realty Limited v. Vancouver Real Estate Board	(1959), 27 W.W.R. 476.	570
Wyman v. Vancouver Real Estate Board	(1960), 23 D.L.R. (2d) 21.	570

Z

Zadrevec *et al.* and Town of Brampton, Re	[1973] 3 O.R. 498.	1028, 1047
Zamulinski v. The Queen	(1957), 10 D.L.R. (2d) 685.	1084

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Volume 2, 1980

2e volume, 1980

Rockland Industries, Inc. (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd. (*Defendant*) *Respondent.*

1979: November 1; 1980: March 18.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and Estey JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Contracts — Agency — Agent clothed with actual authority to negotiate for sale of sulphur and to effect its sale — Curtailment of agent's real authority effected without knowledge of purchaser — Representation of authority by principal relied on by purchaser — Refusal to supply promised sulphur — Breach of contract — Damages.

This appeal arose out of a claim made by the appellant against the respondent for damages resulting from the respondent's refusal to deliver 50,000 tons of sulphur to the appellant pursuant to a contract to sell and deliver the same to the appellant, which the appellant claimed was made between the parties.

In seeking to effect a purchase of sulphur, the appellant was put into contact with one Kurtz who was in the employ of the respondent's parent corporation as manager of petrochemicals and specialty products, responsible, *inter alia*, for sales of sulphur. Kurtz conducted the negotiations for the respondent, including the terms of sale. On September 5, 1974, in a telephone conversation between Kurtz on the one hand and two negotiators for the appellant on the other (Powers and Leaderman), two minor objections to matters discussed in an earlier telephone conversation were raised by Kurtz. Leaderman, on behalf of the appellant, agreed to the matters suggested by Kurtz and Kurtz then said "We have a deal". When asked when the formal contract would be ready, Kurtz advised that that was a rubber stamp matter, that there was no possibility of a holdup.

In the meantime and before the telephone conversation of September 5, Kurtz had prepared and initialled a memorandum of the transaction for his superior (Deverin). The memorandum was dated September 5, 1974, which was the date on which it was typed. It was dictated on September 3, 1974, and the contents were verbally transmitted to Deverin by Kurtz on that date. On that occasion, Deverin told Kurtz that it would be

Rockland Industries, Inc. (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Amerada Minerals Corporation of Canada Ltd. (*Défenderesse*) *Intimée.*

1979: 1 novembre; 1980: 18 mars.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et Estey.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

Contrats — Mandat — Mandataire paré du pouvoir exprès de négocier une vente de soufre et de la conclure — Diminution du pouvoir exprès du mandataire à l'insu de l'acheteur — Acheteur se fiant à l'attitude du mandant quant au pouvoir — Refus de livrer le soufre promis — Rupture de contrat — Dommages-intérêts.

Ce pourvoi résulte d'une action en dommages-intérêts intentée par l'appelante contre l'intimée par suite du refus de cette dernière de lui livrer 50,000 tonnes de soufre conformément à un contrat de vente avec délivrance qui, selon l'appelante, serait intervenu entre les parties.

En vue d'acheter du soufre, l'appelante a été mise en contact avec Kurtz qui travaillait pour la compagnie-mère de l'intimée comme directeur du secteur des produits pétrochimiques et spéciaux, chargé, notamment, de la vente du soufre. Kurtz a mené les négociations au nom de l'intimée et a notamment formulé les conditions de vente. Le 5 septembre 1974, au cours d'un appel téléphonique entre Kurtz et deux négociateurs pour l'appelante (Powers et Leaderman), deux objections mineures à propos des questions discutées au cours d'une conversation téléphonique précédente ont été soulevées par Kurtz. Leaderman, parlant au nom de l'appelante, s'est rallié aux propositions de Kurtz. Ce dernier a alors dit: «Marché conclu». Lorsqu'on lui a demandé quand le contrat écrit serait prêt, Kurtz a affirmé qu'il s'agissait là d'une simple formalité, qu'il ne pouvait y avoir de retard.

Entre-temps et avant la conversation téléphonique du 5 septembre, Kurtz avait rédigé et parafé un sommaire de la transaction à l'intention de son supérieur (Deverin). Le sommaire est daté du 5 septembre 1974, date à laquelle il a été dactylographié. Il avait été dicté le 3 septembre 1974 et Kurtz en avait communiqué la teneur de vive voix à Deverin ce jour-là. A cette occasion, Deverin a dit à Kurtz qu'il lui faudrait obtenir l'appro-

necessary for Kurtz to get Executive Operating Committee approval to this sale, and indeed the memorandum was required so that he could have the details to take to the Executive Operating Committee of which he, Deverin, was a member.

The trial judge held that Kurtz had actual authority to make the sale on September 3, 1974, that on September 3, 1974, his authority was qualified in that Executive Operating Committee approval had to be obtained and that this limitation upon the authority of Kurtz was not communicated to the appellant. He held that a contract had been concluded between the parties. He also held that the memorandum dictated by Kurtz on September 3, and typed on September 5, which he initialled, fulfilled the requirements of s. 7 of *The Sale of Goods Act*, R.S.A. 1970, c. 327.

The trial judge accepted the evidence of Powers that the first time he heard of the Executive Operating Committee was on September 6, 1974, when, during a telephone conversation with both Kurtz and Deverin, he was informed that the Committee had approved the transaction but that, as a matter of corporate courtesy, all transactions had to be signed by the chairman of the board but that this was just a rubber stamp of approval.

The respondent refused to supply the sulphur promised. The appellant, in an effort to replace the 50,000 tons contracted for, was only successful in replacing 25,000 tons. This alternative source was in a more remote area and accordingly greater costs were incurred to remove the sulphur. The trial judge awarded damages for the failure to deliver the first 25,000 tons at $161,838.45.

With regard to the remaining 25,000 tons which the appellant was unable to obtain from an alternative source, the trial judge awarded damages in the sum of $525,000 and in addition thereto the sum of $2,490 was awarded for demurrage charges. In result, the judgment totalled $689,328.45 together with costs.

On appeal, in separate judgments, Prowse J.A. and Moir J.A. allowed the appeal. Morrow J.A. concurred with each judgment. Moir J.A. went on to say that if his conclusion as to liability was in error, the damages should be reduced to $313,328.45. The other two members of the Court agreed.

Held: The appeal should be allowed and the judgment at trial restored.

bation du comité de gestion pour cette vente. De fait, Deverin lui avait demandé de rédiger le sommaire afin qu'il puisse soumettre au comité de gestion dont il était membre, les détails de la vente.

Le juge de première instance a conclu que Kurtz possédait le pouvoir exprès de conclure la vente le 3 septembre 1974; qu'à cette date, son pouvoir a été restreint en ce sens que Kurtz devait obtenir l'approbation du comité de gestion et que cette restriction n'a pas été communiquée à l'appelante. Il a jugé qu'un contrat était intervenu entre les parties. Il a également conclu que le sommaire dicté par Kurtz le 3 septembre, dactylographié le 5 septembre et parafé par lui remplissait les conditions prévues à l'art. 7 de *The Sale of Goods Act*, R.S.A. 1970, chap. 327.

Le juge de première instance a accueilli le témoignage de Powers selon lequel il aurait entendu parler du comité de gestion pour la première fois le 6 septembre 1974 lorsqu'au cours d'une conversation téléphonique avec Kurtz et Deverin, il a été informé que le comité avait approuvé la transaction mais que, par respect des habitudes du milieu des affaires, toutes les transactions devaient être signées par le président du conseil d'administration bien qu'il ne s'agisse là que d'une simple formalité.

L'intimée a refusé de fournir le soufre promis. L'appelante a tenté de remplacer les 50,000 tonnes promises en vertu du contrat, mais n'a réussi à en trouver que 25,000 tonnes. Comme cette autre source d'approvisionnement était située dans une région plus éloignée, l'appelante a donc dû faire face à des coûts de transport plus considérables. Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts de $161,838.45 par suite du défaut de livrer les premières 25,000 tonnes.

En ce qui concerne les 25,000 tonnes que l'appelante n'a pu se procurer ailleurs, le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts de $525,000 et en sus une somme de $2,490 à titre de frais de surestaries. Le juge a donc accordé une somme totale de $689,328.45 avec dépens.

En appel, les juges Prowse et Moir ont tous deux, dans des jugements distincts, accueilli l'appel. Le juge Morrow a souscrit à chacun des jugements. Le juge Moir a ajouté que si sa conclusion quant à la responsabilité était mal fondée, alors les dommages-intérêts ne devraient être que de $313,328.45. Les deux autres membres de la Cour étaient d'accord.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

The finding of the trial judge that Kurtz had actual authority to conclude an agreement with the appellant prior to his conversation with Deverin on September 3, 1974, was not disturbed by the Appellate Division. There was no onus on the appellant to inquire as to the extent of Kurtz's authority on September 5 when he said "We have a deal". In view of the fact that he had actual authority up to September 3, the appellant should have been notified of the limitation placed on his authority on that date. There was a representation by the respondent of the authority of Kurtz to negotiate the sale on which the appelant relied.

As to the application of s. 7 of *The Sale of Goods Act*, the judgment of the trial judge should not be reversed.

On the question of damages, the Court of Appeal would not have disturbed the award for the failure to deliver the first 25,000 long tons. As to the second 25,000 long tons the trial judge found that the appellant suffered a loss of profits in the sum of $525,000. He arrived at this amount by taking the average of sale prices per ton for sulphur during the period in which the appellant would have been taking deliveries of sulphur from the respondent, as being the figure at which the appellant could reasonably have been expected to resell the 25,000 tons of sulphur. The difference between that price and the cost per ton to the appellant of putting the sulphur on board a vessel at Quebec City, if the contract had not been breached, represented the loss of profit per ton which the appellant could reasonably have expected to earn.

Both of the parties to the contract were experienced traders. It was known to both that the appellant wished to purchase the sulphur for purposes of resale and that the appellant would seek to obtain the best price which it could. The Appellate Division relied on the evidence that because the appellant, at the time the contract was made, was contemplating possible potential profits of $6 per ton, its loss, because of the breach of contract, should be restricted to that amount. Had the appellant made firm commitments at that time at prices resulting in a $6 per ton profit, the situation would be different. But no such commitments had been made. That being so, the respondent could not complain if the appellant's loss of profits are determined on the basis adopted by the trial judge.

APPEAL by the plaintiff from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division[1], allowing an appeal by the defendant of an award of $689,328 in damages for breach of

[1] [1979] 2 W.W.R. 209.

La Division d'appel n'a pas modifié la conclusion du juge de première instance que Kurtz était expressément autorisé à conclure le marché avec l'appelante, avant sa conversation avec Deverin, le 3 septembre 1974. Il n'incombait pas à l'appelante de se renseigner sur l'étendue du pouvoir de Kurtz le 5 septembre lorsqu'il dit «Marché conclu». Compte tenu du fait qu'il avait un pouvoir exprès jusqu'au 3 septembre, l'appelante aurait dû être avisée de la restriction apportée au pouvoir ce jour-là. L'intimée a laissé croire à l'existence du pouvoir de Kurtz de négocier une vente, et l'appelante s'y est fiée.

Quant à l'application de l'art. 7 de *The Sale of Goods Act*, le jugement du juge de première instance ne doit pas être infirmé.

La Cour d'appel n'aurait pas modifié les dommages-intérêts accordés en raison du défaut de livrer les premières 25,000 tonnes fortes. Quant aux secondes 25,000 tonnes fortes, le juge de première instance a conclu que l'appelante a subi un manque à gagner de $525,000. Pour obtenir ce montant, le juge de première instance a fait la moyenne des prix de vente de la tonne de soufre pendant la période où l'appelante aurait dû prendre livraison du soufre de l'intimée; selon le juge, cela représente ce que l'appelante aurait pu raisonnablement tirer de la revente des 25,000 tonnes de soufre. La différence entre cette somme et ce que l'appelante aurait dû débourser par tonne de soufre pour le chargement à bord d'un navire à Québec, s'il n'y avait pas eu rupture du contrat, représentait la perte du profit par tonne que l'appelante estimait pouvoir raisonnablement réaliser.

Les deux parties au contrat sont des commerçants expérimentés. Les deux savaient que l'appelante souhaitait acheter du soufre afin de le revendre et qu'elle tenterait d'obtenir le meilleur prix possible. La Division d'appel s'est fondée sur la preuve que, parce que l'appelante, à l'époque de la conclusion du contrat, prévoyait réaliser un profit de $6 par tonne, sa perte, vu la rupture du contrat, devait être limitée à ce montant. La situation serait différente si l'appelante s'était fermement engagée à cette époque à vendre à des prix lui assurant un profit de $6 la tonne. Mais l'appelante n'avait pas pris de tels engagements. L'intimée ne peut donc se plaindre si le manque à gagner de l'appelante a été calculé de la manière adoptée par le juge de première instance.

POURVOI formé par la demanderesse à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[1], qui a accueilli un appel interjeté par la défenderesse d'un jugement

[1] [1979] 2 W.W.R. 209.

contract. Appeal allowed and judgment at trial restored.

A. D. Hunter and *M. K. Machida*, for the plaintiff, appellant.

R. S. Dinkell, Q.C., for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal arises out of a claim made by the appellant against the respondent for damages resulting from the respondent's refusal to deliver 50,000 tons of sulphur to the appellant pursuant to a contract to sell and deliver the same to the appellant, which the appellant claims was made between the parties.

The appellant is a textile manufacturer with head office in Brooklandville, Maryland, and markets its products worldwide. In 1974, the appellant was also engaged in the purchase and resale of sulphur in the world market. A. J. Leaderman was Chairman of the Board of the appellant and C.I. Powers was the Export Manager of the International Division of the appellant. J. K. Kirkpatrick was commissioned by the appellant to act on its behalf to acquire sulphur in the Canadian market-place.

The respondent is a Canadian subsidiary of Amerada Hess Corporation ("Amerada"). Amerada is engaged on a worldwide basis in the exploration for, and the production and marketing of, petroleum products, with sales, in 1976, of four billion dollars and a complement of 6,600 employees, with its main and head office in New York City. The respondent is a producer of natural gas in the Province of Alberta and has an interest in a gas processing plant in Olds, Alberta. In the processing procedure, sulphur is extracted from sour natural gas to make the gas suitable for commercial sale. The raw sulphur is stored in block at the plant site.

At the material time, Amerada had in its employ J. Kurtz as Manager of Petrochemicals/Specialty Products. The powers, duties and responsibilities attached to this office are defined in a

accordant $639,328 en dommages-intérêts pour rupture de contrat. Pourvoi accueilli et jugement de première instance rétabli.

A. D. Hunter et *M. K. Machida*, pour la demanderesse, appelante.

R. S. Dinkell, c.r., pour la défenderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi résulte d'une action en dommages-intérêts intentée par l'appelante contre l'intimée par suite du refus de cette dernière de lui livrer 50,000 tonnes de soufre conformément à un contrat de vente avec délivrance qui, selon l'appelante, serait intervenu entre les parties.

L'appelante, dont le siège social est situé à Brooklandville (Maryland), fabrique des textiles et vend ses produits dans le monde entier. En 1974, elle se livrait également à l'achat et à la revente de soufre sur le marché mondial. A. J. Leaderman présidait le conseil d'administration de l'appelante et C. J. Powers en était le directeur des exportations, section internationale. L'appelante a chargé J. K. Kirkpatrick d'agir en son nom pour acheter du soufre sur le marché canadien.

L'intimée est une filiale canadienne d'Amerada Hess Corporation («Amerada»). Cette dernière se livre à l'exploration pétrolière, à la production et à la commercialisation de produits pétroliers à l'échelle mondiale. En 1976, ses ventes se sont chiffrées à quatre milliards de dollars. Son effectif complet est de 6,600 employés et son siège et bureau principal sont situés à New York. L'intimée extrait du gaz naturel en Alberta et possède une participation dans une usine de traitement du gaz à Olds (Alberta). Au cours du traitement, on extrait le soufre du gaz naturel non désulfuré afin de le rendre propre à la commercialisation. Le soufre brut est entreposé en bloc à l'usine.

A l'époque en cause, J. Kurtz travaillait chez Amerada à titre de directeur du secteur des produits pétrochimiques et spéciaux. Les attributions de ce poste sont décrites dans le Guide des postes

Management Position Guide issued by Amerada, which was filed as an exhibit at the trial. The relevant portions of that document are as follows:

Basic Purpose/Objective of Position:

Responsible for all domestic and foreign marketing/cargo sales—exchanges—purchases of Petrochemicals (Benzene, Toluene, Xylene) and Specialty Products (Sulfur, Coke, St. Croix Propane)—involving planning, initiating, developing, and penetrating new markets/sales and consistent with established company policies, practices, goals and objectives.

Major Responsibilities:

A. Overall planning, initiating, and developing bulk/cargo sales of Petrochemicals/Specialty Products.

B. Direct marketing/sales of benzene, toluene, xylene, sulfur, coke and St. Croix propane. This includes visiting customers, preparation, negotiation, commitment, administration and follow-up of all sales contracts.

. . .

Principal Relationships:

Outside Company

Develop and maintain close working relationship with purchasing agents, top corporate executives, and other managers concerned with purchasing chemical/petroleum feedstocks. These contacts include customers, the Petroleum/Chemical Industry, other companies, and appropriate government agencies.

In evidence, Kurtz, after stating that he was employed by Amerada as manager of petrochemicals and specialty products, was asked the following questions and gave the following answers:

Q. Can you tell us in a general way what your duties are in that position?

A. Basically I have total responsibility for domestic and foreign sales and marketing of petrochemicals, which are benzene, toluene and xylene and specialty products that include sulphur, coke and propane.

Q. Do your duties include the administration of sulphur in the Province of Alberta?

A. Yes, sir.

de direction d'Amerada qui a été déposé comme pièce en première instance. Les extraits pertinents de ce guide sont ci-après reproduits:

[TRADUCTION] Objectifs essentiels du poste:

Le titulaire est chargé de l'ensemble de la commercialisation nationale et internationale et des ventes de cargaisons—des échanges—de l'acquisition de produits pétrochimiques (benzène, toluène, xylène) et de produits spéciaux (soufre, coke, propane de Ste-Croix)—ce qui comprend la planification, la promotion et l'essor des ventes et la conquête de nouveaux marchés conformément aux politiques, pratiques, buts et objectifs de la compagnie.

Attributions fondamentales:

A. De façon globale, planifier, promouvoir et faire progresser les ventes de marchandises en vrac de produits pétrochimiques et spéciaux.

B. Diriger la commercialisation du benzène, du toluène, du xylène, du soufre, du coke et du propane de Ste-Croix. A cet effet, le titulaire rend visite aux clients; il prépare, négocie et administre les contrats de vente, prend des engagements et donne suite à ces contrats.

. . .

Relations principales:

Compagnie extérieure

Le titulaire établit et entretient des relations professionnelles étroites avec les acheteurs, les cadres supérieurs d'entreprises, et autres directeurs chargés de l'acquisition de charges d'alimentation pour l'industrie pétrochimique. Ces contrats ont lieu avec les clients, l'industrie pétrochimique, les autres compagnies et les organismes gouvernementaux compétents.

Au cours de son témoignage, Kurtz a affirmé qu'il était au service d'Amerada à titre de directeur du secteur des produits pétrochimiques et spéciaux et a ensuite répondu en ces termes aux questions suivantes:

[TRADUCTION] Q. Pouvez-vous nous dire en termes généraux quelles fonctions vous exercez?

R. Je suis essentiellement chargé de l'ensemble de la commercialisation et des ventes nationales et internationales de produits pétrochimiques, savoir le benzène, le toluène et le xylène et de produits spéciaux dont le soufre, le coke et le propane.

Q. Vos fonctions comprennent-elles la gestion des stocks de soufre en Alberta?

R. Oui.

Kurtz reported to B. T. Deverin, senior vice-president of Amerada, a member of the Board of Directors of Amerada, and a member of the Executive Operating Committee of Amerada in charge of procurement of sales of company products including sulphur. Both Kurtz and Deverin carried out their duties at New York City.

In 1974 and at the material time, R. E. A. Logan, the president of Real Marketing Ltd., an Alberta company engaged in the marketing of sulphur and knowledgeable as to who had sulphur available for sale, located the respondent as a potential vendor of sulphur and communicated this information to Kirkpatrick. This communication went forward to Kirkpatrick by the solicitors representing Real Marketing Ltd. after it was established that Real Marketing Ltd. would receive 50¢ per long ton sold to Rockland. Real Marketing Ltd. agreed to split this 50¢ per long ton with a Mr. Bozman, Bozman having "found" the prospective purchaser.

Logan entered into communication with Kurtz. On July 30, 1974, Kurtz sent a telex message to Logan which read:

THIS WILL CONFIRM OUR TELEPHONE CONVERSATION THIS DATE RE THE FOLLOWING OFFER BY AMERADA HESS SUBJECT TO FINAL APPROVAL BY AMERADA HESS AND REAL MARKETING.

1974—50,000 LONG TONS SULFUR AT DLRS 8.00 PER LONG TON—F.O.B. AMERADA HESS STOCK PILE, C.P. RAIL ALBERTA. REAL MARKETING, LTD. RESPONSIBLE FOR SHIPPING, MEETING ENVIRONMENTAL CONDITIONS AND ANY CLEANUP OPERATIONS THAT MAY BE NECESSARY.

1975—50,000 LONG TONS PRICE NEGOTIATED AT TIME.

1976—50,000 LONG TONS PRICE NEGOTIATED AT TIME.

PLEASE INDICATE YOUR CONDITIONAL ACCEPTANCE SUBJECT TO FURTHER DISCUSSIONS, BY RETURN TELEX NO LATER THAN AUGUST 1, 1974 AT CLOSE OF BUSINESS 5 P.M. NEW YORK TIME.

Logan replied by telex on August 1, as follows:

SUBJECT TO FURTHER DISCUSSIONS WE CONDITIONALLY ACCEPT YOUR OFFER.

Kurtz devait rendre compte à B. T. Deverin, vice-président principal, membre du conseil d'administration et membre du comité de gestion d'Amerada chargé de l'obtention de contrats de vente pour les produits de la compagnie dont le soufre. Kurtz et Deverin travaillaient tous deux à New York.

En 1974 et à l'époque en cause, R. E. A. Logan, président de Real Marketing Ltd., une compagnie albertaine de commercialisation du soufre qui possède des données sur ceux qui ont du soufre à vendre, a vu en l'intimée un vendeur éventuel de soufre. Logan a communiqué ce renseignement à Kirkpatrick par l'intermédiaire des avocats de Real Marketing Ltd., une fois établi que cette dernière toucherait 50¢ par tonne forte de soufre vendue à Rockland. Real Marketing Ltd. a convenu de partager cette somme avec un nommé Bozman qui avait «découvert» l'acheteur éventuel.

Logan est entré en contact avec Kurtz. Le 30 juillet 1974, Kurtz lui faisait parvenir par télex le message suivant:

[TRADUCTION] LA PRÉSENTE CONFIRME NOTRE CONVERSATION TÉLÉPHONIQUE DE CE JOUR RELATIVEMENT À L'OFFRE SUIVANTE FAITE PAR AMERADA HESS SOUS RÉSERVE DE L'APPROBATION DÉFINITIVE D'AMERADA HESS ET DE REAL MARKETING.

1974—50,000 TONNES FORTES DE SOUFRE À $8 LA TONNE FORTE—STOCK D'AMERADA HESS FOB, CHEMIN DE FER C.P. (ALBERTA). REAL MARKETING, LTD. CHARGÉE DE L'EXPÉDITION, DE TOUTE OPÉRATION DE NETTOYAGE NÉCESSAIRE ET TENUE DE SATISFAIRE AUX IMPÉRATIFS D'ENVIRONNEMENT.

1975—50,000 TONNES FORTES PRIX À NÉGOCIER

1976—50,000 TONNES FORTES PRIX À NÉGOCIER

VEUILLEZ FAIRE CONNAÎTRE VOTRE ACCEPTATION CONDITIONNELLE SOUS RÉSERVE DE DISCUSSIONS ULTÉRIEURES PAR RETOUR DE TÉLEX AU PLUS TARD LE 1er AOÛT 1974, À L'HEURE DE FERMETURE DES BUREAUX 17H, HEURE DE NEW YORK.

Logan a répondu par télex le 1er août:

[TRADUCTION] SOUS RÉSERVE DE DISCUSSIONS ULTÉRIEURES, NOUS ACCEPTONS CONDITIONNELLEMENT VOTRE OFFRE.

Following the identification of the potential vendor, the appellant on August 22, 1974, through its negotiators Powers and Leaderman, by telephone discussed with Kurtz at Amerada the quantity of sulphur available for delivery, which they understood to be 50,000 tons at a price net to Amerada of $8 per ton. The movement of the sulphur by the appellant was discussed and it was agreed that Kurtz would meet Kirkpatrick at the offices of the respondent in Calgary, Alberta, the following week. Kurtz characterized this visit to Calgary as a normal routine marketing sales call.

Kurtz met with Kirkpatrick at the offices of the respondent in Calgary the week of August 26th and discussed with Kirkpatrick pricing, the logistics of removing and moving the sulphur, and the ability of the appellant to handle the transaction. Kurtz also introduced Kirkpatrick to R. C. McReynolds, the local Amerada Manager, and invited Kirkpatrick to visit the plant of the respondent where the sulphur was located. Thereafter, Kirkpatrick visited the plant and had certain telephone conversations with McReynolds relative to the logistics of moving the sulphur.

Kurtz's discussions and communications with McReynolds were related to the logistics of the move and the securing of environmental clearance for the move, and, to Kurtz's knowledge, McReynolds secured the environmental clearance.

Following the meeting in Calgary between Kurtz and Kirkpatrick, there were two further telephone conversations between Kurtz on the one hand and Messrs. Powers and Leaderman on the other hand. The first call was originated by Powers and Leaderman and was on August 30, 1974. This was a call to Kurtz in New York City and in this telephone conversation the terms of a formal agreement were discussed. Powers testified that Kurtz promised to send a draft form of agreement. This was denied by Kurtz.

The second call occurred on September 5, 1974, and was originated by Kurtz to Powers at Baltimore, Maryland. In this telephone conversation, in which Leaderman also took part, two minor objections to the matters discussed in the earlier

Une fois dévoilée l'identité du vendeur éventuel, les négociateurs de l'appelante, Powers et Leaderman, ont discuté par téléphone, le 22 août 1974, avec Kurtz, qui était chez Amerada, de la quantité de soufre prête à être livrée; ils ont compris qu'il y en avait 50,000 tonnes au prix net de $8 la tonne pour Amerada. Le transport du soufre par l'appelante a été discuté et il a été convenu que Kurtz rencontrerait Kirkpatrick aux bureaux de l'intimée à Calgary en Alberta la semaine suivante. Kurtz a qualifié cette visite à Calgary de visite d'affaires normale et courante.

Kurtz a rencontré Kirkpatrick aux bureaux de l'intimée à Calgary pendant la semaine du 26 août et a discuté avec ce dernier du prix, des méthodes d'enlèvement et de transport du soufre, et de la capacité de l'appelante de mener à bien cette opération. Kurtz a également présenté Kirkpatrick à R. C. McReynolds, le chef de district d'Amerada, et a invité Kirkpatrick à visiter l'usine de l'intimée où le soufre était entreposé. Kirkpatrick a par la suite visité l'usine et s'est entretenu un certain nombre de fois par téléphone avec McReynolds au sujet des méthodes de transport du soufre.

Les discussions et échanges entre Kurtz et McReynolds ont porté sur les méthodes de transport et sur l'obtention de l'autorisation des services de l'environnement pour le transport du produit. A la connaissance de Kurtz, McReynolds a obtenu cette autorisation.

Après la réunion à Calgary entre Kurtz et Kirkpatrick, deux autres conversations téléphoniques ont eu lieu entre Kurtz et MM. Powers et Leaderman. Powers et Leaderman ont fait le premier appel le 30 août 1974. Ils ont appelé Kurtz qui était alors à New York. Il y a été question des modalités d'un accord formel. Powers a affirmé au cours de son témoignage que Kurtz avait promis de faire expédier un projet d'accord, ce que Kurtz a nié.

Le 5 septembre 1974, Kurtz téléphonait à Powers qui était alors à Baltimore (Maryland), c'est la seconde conversation téléphonique. Au cours de cette dernière, à laquelle participait également Leaderman, Kurtz a formulé deux objec-

telephone conversation of August 30th were raised by Kurtz. Leaderman, on behalf of the appellant, agreed to the matters suggested by Kurtz and Kurtz then said "We have a deal". When asked when the formal contract would be ready, Kurtz advised that that was a rubber stamp matter, that there was no possibility of a holdup.

In the meantime and before the telephone conversation of September 5, Kurtz had prepared and initialled a memorandum of the transaction for his superior, Deverin. The memorandum is dated September 5, 1974, which is the date on which it was typed. It was dictated on September 3, 1974, and the contents were verbally transmitted to Deverin by Kurtz on that date. On that occasion, Deverin told Kurtz that it would be necessary for Kurtz to get Executive Operating Committee approval to this sale, and indeed the memorandum was required so that he could have the details to take to the Executive Operating Committee of which he, Deverin, was a member.

There was a conflict in the evidence of Kurtz with that of Powers and Leaderman as to what Kurtz had said as to his authority. The trial judge rejected the evidence of Kurtz and accepted the evidence of Powers and Leaderman and held that Kurtz had actual authority to make the sale on September 3, 1974, that on September 3, 1974, his authority was qualified in that Executive Operating Committee approval had to be obtained and that this limitation upon the authority of Kurtz was not communicated to the appellant. He held that a contract had been concluded between the parties. He also held that the memorandum dictated by Kurtz on September 3, and typed on September 5, which he initialled, fulfilled the requirements of s. 7 of *The Sale of Goods Act*, R.S.A. 1970, c. 327.

The trial judge accepted the evidence of Powers that the first time he heard of the Executive Operating Committee was on September 6, 1974, when, during a telephone conversation with both Kurtz and Deverin, he was informed that the Committee had approved the transaction but that, as a matter of corporate courtesy, all transactions

tions mineures à propos des questions discutées au cours de la conversation téléphonique précédente, soit celle du 30 août. Leaderman, parlant au nom de l'appelante, s'est rallié aux propositions de Kurtz. Ce dernier a alors dit: [TRADUCTION] «Marché conclu». Lorsqu'on lui a demandé quand le contrat écrit serait prêt, Kurtz a affirmé qu'il s'agissait là d'une simple formalité, qu'il ne pouvait y avoir de retard.

Entre-temps et avant la conversation téléphonique du 5 septembre, Kurtz avait rédigé et parafé un sommaire de la transaction à l'intention de son supérieur, Deverin. Le sommaire est daté du 5 septembre 1974, date à laquelle il a été dactylographié. Il avait été dicté le 3 septembre 1974 et Kurtz en avait communiqué la teneur de vive voix à Deverin ce jour-là. A cette occasion, Deverin a dit à Kurtz qu'il lui faudrait obtenir l'approbation du comité de gestion pour cette vente. De fait, Deverin lui avait demandé de rédiger le sommaire afin qu'il puisse soumettre les détails de la vente au comité de gestion dont il était membre.

Le témoignage de Kurtz et ceux de Powers et de Leaderman sont contradictoires quant aux propos de Kurtz au sujet de son pouvoir. Le juge de première instance a rejeté le témoignage de Kurtz et accueilli ceux de Powers et de Leaderman. Il a conclu que Kurtz possédait le pouvoir exprès de conclure la vente le 3 septembre 1974; qu'à cette date, son pouvoir a été restreint en ce sens que Kurtz devait obtenir l'approbation du comité de gestion et que cette restriction n'a pas été communiquée à l'appelante. Il a jugé qu'un contrat était intervenu entre les parties. Il a également conclu que le sommaire dicté par Kurtz le 3 septembre, dactylographié le 5 septembre et parafé par lui remplissait les conditions prévues à l'art. 7 de *The Sale of Goods Act*, R.S.A. 1970, chap. 327.

Le juge de première instance a accueilli le témoignage de Powers portant qu'il aurait entendu parler du comité de gestion pour la première fois le 6 septembre 1974 lorsqu'au cours d'une conversation téléphonique avec Kurtz et Deverin, il a été informé que le comité avait approuvé la transaction mais que, par respect des habitudes du milieu

had to be signed by the chairman of the board but that this was just a rubber stamp of approval.

The respondent refused to supply the sulphur promised. The appellant, in an effort to replace the 50,000 tons contracted for, was only successful in replacing 25,000 tons. This alternative source was in a more remote area and accordingly greater costs were incurred to remove the sulphur. The trial judge awarded damages for the failure to deliver the first 25,000 tons at $161,838.45.

With regard to the remaining 25,000 tons which the appellant was unable to obtain from an alternative source, the trial judge awarded damages in the sum of $525,000 and in addition thereto the sum of $2,490 was awarded for demurrage charges.

In result, the judgment totalled $689,328.45 together with costs.

On appeal, in separate judgments, Prowse J.A. and Moir J.A. allowed the appeal. Morrow J.A. concurred with each judgment. Moir J.A. went on to say that if his conclusion as to liability was in error, the damages should be reduced to $313,328.45. The other two members of the Court agreed.

The judgment at trial contains some important findings of fact which are significant in relation to the legal issues involved in this appeal. They appear in the following passages from the judgment, which also state the reasons for giving judgment in favour of the appellant:

I am satisfied that the evidence clearly establishes that Kurtz did in fact have the authority of the defendant to negotiate for the sale of sulphur and to commit the defendant on such sales. The evidence makes it clear that he not only had such authority but that it was his responsibility and duty to do so.

The evidence on behalf of the defendant, however, is to the effect that such authority and responsibility did not extend to a sale of such magnitude as that proposed to the plaintiff and particularly where it involved the disposition of the major portion of the sulphur inventory

des affaires, toutes les transactions devaient être signées par le président du conseil d'administration bien qu'il ne s'agisse là que d'une simple formalité.

L'intimée a refusé de fournir le soufre promis. L'appelante a tenté de remplacer les 50,000 tonnes promises en vertu du contrat, mais n'a réussi à en trouver que 25,000 tonnes. Comme cette autre source d'approvisionnement était située dans une région plus éloignée, l'appelante a donc dû faire face à des coûts de transport plus considérables. Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts de $161,838.45 par suite du défaut de livrer les premières 25,000 tonnes.

En ce qui concerne les 25,000 tonnes que l'appelante n'a pu se procurer ailleurs, le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts de $525,000 et en sus une somme de $2,490 à titre de frais de surestaries.

Le juge a donc accordé une somme totale de $689,328.45 avec dépens.

En appel, les juges Prowse et Moir ont tous deux, dans des jugements distincts, accueilli l'appel. Le juge Morrow a souscrit à chacun des jugements. Le juge Moir a ajouté que si sa conclusion quant à la responsabilité était mal fondée, alors les dommages-intérêts ne devraient être que de $313,328.45. Les deux autres membres de la Cour étaient d'accord.

Le jugement de première instance renferme d'importantes conclusions sur les faits au sujet des questions de droit soulevées dans le présent pourvoi. Les extraits suivants du jugement en font état et exposent également les motifs du jugement en faveur de l'appelant:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la preuve établit clairement que la défenderesse a effectivement confié à Kurtz le pouvoir de négocier la vente de soufre et de la lier. La preuve démontre de façon évidente que non seulement Kurtz détenait ce pouvoir mais qu'il était chargé et tenu d'agir ainsi.

Il ressort toutefois de la preuve de la défenderesse que le pouvoir et la responsabilité de Kurtz ne s'étendaient pas à une vente aussi importante que celle proposée à la demanderesse, plus précisément, à la vente de la plus grande partie du stock de soufre de la défenderesse

of the defendant at its gas plant in Olds, Alberta. Both Kurtz and his superior, one, Deverin, gave evidence that on a sale such as that contemplated by the plaintiff, the approval of the said Executive Operating Committee had to be obtained.

I accept the evidence that such a limitation was placed upon the authority of Kurtz with respect to the proposed sale to the plaintiff but at the same time find that such limitation did not come into being until September 3, 1974, during a discussion between Kurtz and Deverin, when Kurtz reported on the sale to Deverin and Deverin in turn notified Kurtz that the approval referred to would have to be obtained.

Notwithstanding such finding, however, it is my view that since Kurtz did have the express authority of the defendant generally to negotiate for and to commit the defendant to sales of sulphur, any limitation or restriction upon such authority would not result in the defendant not being bound by a contract entered into by Kurtz which fell within such limitation on his authority unless the party with whom Kurtz dealt was aware of such limitation.

. . .

As noted, the defendant takes the position that the representatives of the plaintiff were made well aware of the limitation upon the authority of Kurtz. Kurtz gave evidence to the effect that on numerous occasions throughout the course of the negotiations and including the negotiations of September 5, 1974, he notified the representatives of the plaintiff that before there could be a concluded contract, the approval of the Executive Operating Committee had to be obtained to any proposed contract. I do not accept the evidence of Kurtz that he had warned the representatives of the plaintiff of any limitation on his authority prior to September 5, 1974.

In his reasons in the Appellate Division, Prowse J.A. reviewed the evidence with respect to the authority of Kurtz. He went on to say this:

The above is a brief summary of the evidence relating to the legal relationship between Kurtz and Amerada dealing with his authority to act on their behalf. On that evidence the trial judge found that Mr. Kurtz had actual authority to bind Amerada to sell 50,000 tons of sulphur until September 3rd, that Kurtz's authority was limited and restricted on September 3rd, and consequently that he did not have actual authority to bind on September 5th.

In my view, on the above evidence, it was open to the trial judge to hold that it was within Mr. Kurtz's general

entreposé à son usine de gaz à Olds (Alberta). Kurtz et son supérieur, un nommé Deverin, ont tous deux déclaré, dans leur témoignage, que pour une vente de l'envergure de celle envisagée par la demanderesse, il fallait obtenir l'approbation du comité de gestion.

J'accepte la preuve selon laquelle le pouvoir de Kurtz relativement au projet de vente à la demanderesse faisait l'objet de pareille restriction, mais j'estime en même temps que cette restriction n'a pris effet qu'à partir du 3 septembre 1974, au cours d'une discussion intervenue entre Kurtz et Deverin alors que Kurtz a annoncé la vente à Deverin et que ce dernier a, à son tour, avisé Kurtz qu'il faudrait obtenir l'approbation du comité.

Toutefois, nonobstant cette conclusion, j'estime que puisque la défenderesse avait effectivement accordé à Kurtz le pouvoir exprès de négocier généralement pour elle et de la lier relativement aux ventes de soufre, il ne peut résulter d'une limitation ou restriction de ce pouvoir qu'elle n'est pas liée si un contrat conclu par Kurtz relève de cette restriction, à moins que le cocontractant n'en ait été avisé.

. . .

Comme on l'a souligné, la défenderesse prétend que les représentants de la demanderesse avaient été bien informés de la restriction apportée au pouvoir de Kurtz. Kurtz a déclaré dans son témoignage qu'en de nombreuses occasions au cours des négociations, y compris les négociations du 5 septembre 1974, il avait informé les représentants de la demanderesse que tout projet de contrat devait être approuvé par le comité de gestion avant d'être ferme. Je rejette la partie du témoignage de Kurtz voulant que ce dernier ait avisé les représentants de la demanderesse avant le 5 septembre 1974 de la restriction apportée à son pouvoir.

Dans ses motifs, le juge Prowse de la Division d'appel examine la preuve portant sur le pouvoir de Kurtz et poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] Ce qui précède est un bref résumé de la preuve relative aux liens juridiques entre Kurtz et Amerada et, plus précisément, son pouvoir d'agir au nom de cette dernière. A partir de cette preuve, le juge de première instance a conclu que M. Kurtz avait un pouvoir exprès de lier Amerada pour la vente de 50,000 tonnes de soufre jusqu'au 3 septembre, qu'à cette date, le pouvoir de Kurtz a fait l'objet d'une restriction et que, par conséquent, Kurtz n'avait plus, le 5 septembre, le pouvoir exprès de la lier.

A mon avis, compte tenu de la preuve étudiée, il était loisible au juge de première instance de conclure d'une

authority to conclude an agreement with Rockland prior to his conversations with Mr. Deverin on September 3rd and further, to hold that it was within Mr. Deverin's authority to revoke Mr. Kurtz's authority on making the decision that the matter should be dealt with by the executive operating committee.

As noted above, Morrow J.A. concurred with these reasons. We thus have concurrent findings in the Courts below that Kurtz, who was negotiating on behalf of the respondent for the sale of the sulphur to the appellant, had actual authority to bind the respondent to the sale of the sulphur up to September 3.

Prowse J.A. then went on to consider whether Kurtz had apparent authority to bind the respondent on September 5. He stated that the question he had to consider was whether Kurtz, having regard to the nature and extent of his authority prior to September 3 " ... could clothe himself with apparent authority" so that he could bind the respondent after his authority was revoked and before the revocation had been communicated to the appellant.

His conclusion is stated in the following passage:

Rockland in fact made no enquiries of Mr. Kurtz and if any acts by Kurtz may be considered representations by him, such representations could not bind Amerada. They did not constitute a full disclosure of Mr. Kurtz's actual authority and that alone is what he was authorized to disclose. In my view if Rockland had sought information from Amerada regarding the nature and extent of Mr. Kurtz's authority, it would have learned that his authority was subject to the limitations set out above which were given effect to on September 3rd. Such disclosure by Amerada or Mr. Kurtz would not give rise to apparent authority on that (*sic*) part of Mr. Kurtz on September 5th, the day on which the trial judge found that Kurtz had purported to bind Amerada.

Moir J.A. expressed some difficulty in supporting the finding of the trial judge that Kurtz's actual authority had existed up to September 3. He said:

The learned trial judge found that Kurtz did not have "actual" authority on September 5, the date of the contract. He found that Kurtz's authority was taken away on September 3 by Deverin. As I stated earlier it is difficult to support that finding in the light of the telex

part, que M. Kurtz avait le pouvoir général de conclure une entente avec Rockland avant sa conversation avec M. Deverin le 3 septembre, et, d'autre part, que M. Deverin était autorisé à révoquer le pouvoir de M. Kurtz en décidant que le projet devrait être soumis au comité de gestion.

Comme on l'a mentionné, le juge Morrow a souscrit à ces conclusions. Les tribunaux d'instance inférieure ont donc tous conclu que Kurtz, qui négociait la vente de soufre à l'appelante au nom de l'intimée, avait le pouvoir exprès de lier cette dernière en ce qui concerne la vente du soufre jusqu'au 3 septembre.

Le juge Prowse étudie ensuite la question de savoir si Kurtz avait un pouvoir apparent de lier l'intimée le 5 septembre. Selon lui, la question à examiner est de savoir si Kurtz, compte tenu de la nature et de l'étendue de son pouvoir avant le 3 septembre, [TRADUCTION] « ... pouvait se parer d'un pouvoir apparent» de manière à lier l'intimée, une fois son pouvoir révoqué mais avant que cette révocation ne soit communiquée à l'appelante.

Voici la conclusion du juge Prowse:

[TRADUCTION] De fait, Rockland ne s'est pas renseignée au sujet de M. Kurtz et si les actes de ce dernier peuvent être considérés comme des démarches, alors ces dernières ne peuvent lier Amerada. Elles ne constituent pas une divulgation complète du pouvoir exprès de M. Kurtz et c'est uniquement cela qu'il était autorisé à divulguer. A mon avis, si Rockland avait demandé des renseignements à Amerada sur la nature et l'étendue du pouvoir de M. Kurtz, elle aurait appris que son pouvoir faisait l'objet des restrictions susmentionnées, qui ont prix effet le 3 septembre. Pareille divulgation de la part d'Amerada ou de M. Kurtz n'aurait pas laissé croire au pouvoir apparent de M. Kurtz le 5 septembre 1974, soit, selon le juge de première instance, la date à laquelle Kurtz aurait lié Amerada.

Le juge Moir a été un peu réticent à appuyer la conclusion du juge de première instance portant que le pouvoir exprès de Kurtz a subsisté jusqu'au 3 septembre. Il s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance a conclu que Kurtz ne possédait pas de pouvoir «exprès» le 5 septembre, soit la date de la conclusion du contrat. Il a conclu que Deverin avait mis fin au pouvoir de Kurtz le 3 septembre. Comme je l'ai mentionné, il m'est difficile

and Logan's evidence but the fact is that Kurtz had no "actual" authority to bind the appellant on the day the learned trial judge found he had entered into the contract. In my respectful opinion that is the end of the "actual" authority argument insofar as binding the appellant is concerned.

The evidence of Logan (of Real Marketing Ltd.) to which reference is made was "that my understanding was as usual with that firm (i.e. Amerada) is that any dealings with them had to be approved by the proper corporate authorities".

The telex to which Moir J.A. refers is the one previously quoted between Kurtz and Logan which contained the phrase " . . . subject to final approval of Amerada Hess and Real Marketing".

Whatever may have been Logan's understanding of the practice of Amerada, he did not communicate it to the appellant. The statement in the telex did not disclose any limitation on the authority of Kurtz to sell sulphur for the respondent, but only indicated that, at that stage, the negotiations were not yet final.

However, the position taken by Moir J.A. is that, in any event, Kurtz lacked actual authority on September 5.

Having disposed of the issue of actual authority, Moir J.A. went on to find that, in relation to apparent authority, the evidence did not meet the tests defined by Diplock L.J. (as he then was) in *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.*[2], at pp. 505-06:

If the foregoing analysis of the relevant law is correct, it can be summarised by stating four conditions which must be fulfilled to entitle a contractor to enforce against a company a contract entered into on behalf of the company by an agent who had no actual authority to do so. It must be shown:

(1) that a representation that the agent had authority to enter on behalf of the company into a contract of the kind sought to be enforced was made to the contractor;

[2] [1964] 2 Q.B. 480.

de souscrire à cette conclusion compte tenu du télex et du témoignage de Logan; mais il demeure que Kurtz n'avait pas le pouvoir «exprès» de lier l'appelante le jour où, selon le savant juge de première instance, il a conclu le contrat. A mon avis, cela clôt le débat sur le pouvoir «exprès» pour ce qui est de l'engagement de l'appelante.

Dans le témoignage dont on vient de parler, Logan (de Real Marketing Ltd.) dit [TRADUCTION] «je pensais que comme à l'accoutumée avec cette société (c.-à-d. Amerada), toute transaction avec elle devait être approuvée par les autorités compétentes de la compagnie».

Le télex auquel renvoie le juge Moir est celui, déjà cité, échangé entre Kurtz et Logan. Il renferme la phrase suivante: [TRADUCTION] « . . . sous réserve de l'approbation définitive d'Amerada Hess et de Real Marketing».

Quelle que puisse être la connaissance que Logan ait eue de la pratique d'Amerada, il n'en a pas avisé l'appelante. Le texte du télex ne révèle aucunement que le pouvoir de Kurtz de vendre du soufre au nom de l'intimée a été restreint; il indique seulement, qu'à ce stade, les négociations n'étaient pas encore définitives.

Quoi qu'il en soit, selon le juge Moir, Kurtz ne possédait pas, le 5 septembre, de pouvoir exprès.

Après avoir tranché la question du pouvoir exprès, le juge Moir a conclu quant au pouvoir apparent que la preuve ne satisfaisait pas aux critères établis par le lord juge Diplock (alors juge puîné) dans *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd.*[2], aux pp. 505 et 506:

[TRADUCTION] Si l'analyse précédente des règles de droit pertinentes est exacte, on peut dire que quatre conditions doivent être remplies pour qu'un cocontractant puisse obliger une compagnie à exécuter le contrat conclu en son nom par un mandataire qui ne possédait pas de pouvoir exprès à cette fin. On doit prouver:

(1) qu'on a donné à entendre au cocontractant que le mandataire avait le pouvoir de conclure, au nom de la compagnie, le type de contrat dont il demande l'exécution;

[2] [1964] 2 Q. B. 480.

(2) that such representation was made by a person or persons who had "actual" authority to manage the business of the company either generally or in respect to those matters to which the contract relates;

(3) that he (the contractor) was induced by such representation to enter into the contract, that is, that he in fact relied upon it; and

(4) that under its memorandum or articles of association the company was not deprived of the capacity either to enter into a contract of the kind sought to be enforced or to delegate authority to enter into a contract of that kind to the agent.

As stated previously, Moir J.A. and the other members of the Court disagreed with the trial judge as to the amount of damages and would, if liability existed, have reduced them to $313,-328.45.

I will deal first with the issue of liability. On this issue, the finding of the trial judge, supported by Prowse J.A. and Morrow J.A., that Kurtz had actual authority to negotiate a sale up to September 3, 1974, is of prime importance.

I am not prepared to disturb this finding. Moir J.A. did not expressly disagree with it, though giving reasons why it was difficult to maintain. Those reasons are not, in my opinion, sufficient to warrant a reversal of that finding.

The appellant was dealing with Amerada, a very large corporation,. In seeking to effect a purchase of sulphur, the appellant had been put into contact with the manager Petrochemicals/Specialty Products, responsible, *inter alia*, for sales of sulphur. Kurtz conducted the negotiations for Amerada, including the terms of sale. He had prepared a memorandum embodying the terms of sale and on September 5, after Leaderman had agreed to certain matters suggested by Kurtz, Kurtz said "We have a deal".

In that situation I do not agree that an onus rested on the appellant to inquire as to the extent of Kurtz's actual authority on September 5 to conclude the deal. Rather, in view of the fact that

(2) que cela vient d'une ou de personnes possédant le pouvoir «exprès» de gérer les affaires de la compagnie, soit de façon générale, soit de façon se rapportant spécifiquement aux questions dont relève le contrat;

(3) qu'il (le cocontractant) a été amené, par cela, à conclure le contrat, c.-à-d. qu'il s'y est fié; et

(4) que la compagnie, en vertu de ses statuts, était habilitée à conclure un contrat du type dont on demande l'exécution ou à déléguer au mandataire le pouvoir de conclure un tel contrat.

Comme on l'a déjà souligné, le juge Moir et les autres membres de la Cour sont en désaccord avec le juge de première instance quant au montant des dommages-intérêts. Ils n'auraient accordé que la somme de $313,328.45 en cas de responsabilité.

Je vais traiter en premier lieu de la question de la responsabilité. Sur ce point, la conclusion du juge de première instance, confirmée par les juges Prowse et Morrow en Cour d'appel, que Kurtz était expressément autorisé à négocier une vente jusqu'au 3 septembre 1974, est de toute première importance.

Je ne suis pas disposé à modifier cette conclusion. Le juge Moir n'a pas manifesté expressément son désaccord avec elle, tout en expliquant pourquoi il lui était difficile de s'y rallier. A mon avis, ces motifs ne sont pas suffisants pour infirmer cette conclusion.

L'appelante faisait affaire avec Amerada, une compagnie très importante. En vue d'acheter du soufre, l'appelante a été mise en contact avec le directeur du secteur des produits pétrochimiques et spéciaux, chargé, notamment, de la vente du soufre. Kurtz a mené les négociations au nom d'Amerada et a notamment formulé les conditions de la vente. Il a préparé un sommaire de ces conditions et, le 5 septembre, après que Leaderman eut donné son accord aux propositions de Kurtz, ce dernier a déclaré: «Marché conclu».

Dans ce contexte, je ne souscris pas à la thèse qu'il incombait à l'appelante de se renseigner sur l'étendue du pouvoir exprès de Kurtz le 5 septembre pour conclure le marché. J'estime plutôt,

Kurtz had been clothed with actual authority up to September 3, it is my opinion that the respondent should have notified the appellant of the limitation on the authority of Kurtz before the deal was made.

The view which I hold is stated in *Bowstead on Agency*, 14th ed., p. 434. In Article 139, on that page, under the heading "Apparent Authority Where Actual Authority Revoked", the author writes:

> Where a principal, by words or conduct, represents or permits it to be represented that an agent is authorized to act on his behalf, he is bound by the acts of the agent, notwithstanding the determination of authority otherwise than by the death or bankruptcy of the principal, to the same extent as he would have been if the authority had not been determined, with respect to any third person dealing with the agent on the faith of any such representation, without notice of the determination of his authority.

The reasons for judgment in the Court below indicate the view that, having disposed of the matter of actual authority by the finding at trial that it did not exist on September 5, the only issue is as to the existence of apparent authority on that date. The evidence is then examined to ascertain if it satisfies the requirements defined by Diplock L.J. in the *Freeman & Lockyer* case, previously quoted. The Court appears to be of the view that the existence of actual authority up to September 3 has little, if any, relevance to this issue.

I do not share this view. In his judgment in the *Freeman & Lockyer* case, Diplock L.J. said at pp. 503-04:

> The representation which creates "apparent" authority may take a variety of forms of which the commonest is representation by conduct, that is, by permitting the agent to act in some way in the conduct of the principal's business with other persons. By so doing the principal represents to anyone who becomes aware that the agent is so acting that the agent has authority to enter on behalf of the principal into contracts with other persons of the kind which an agent so acting in the conduct of his principal's business has usually "actual" authority to enter into.

compte tenu du pouvoir exprès dont Kurtz avait été détenteur jusqu'au 3 septembre, que l'intimée aurait dû aviser l'appelante, avant la conclusion du marché, de la restriction apportée au pouvoir de Kurtz.

Ce point de vue a été énoncé dans *Bowstead on Agency*, 14e éd., p. 434. Voici ce que l'auteur écrit au paragraphe 139 de la page en question sous le titre [TRADUCTION] «Mandat apparent en cas de révocation du mandat exprès»:

> [TRADUCTION] Lorsqu'un mandant, par ses paroles ou son comportement, donne à entendre ou permet que l'on croie qu'il a autorisé un mandataire à agir en son nom, il est alors lié par les actes du mandataire, nonobstant la fin du mandat si ce n'est par le décès ou la faillite du mandant, comme si le mandat n'avait pas pris fin; le mandant est lié vis-à-vis des tiers qui font affaire avec le mandataire sur la foi des démarches de ce dernier, alors que le mandat a pris fin à leur insu.

Les motifs de jugement de la Cour d'appel indiquent que, puisque la question du pouvoir exprès est tranchée par la conclusion de la cour de première instance portant que pareil pouvoir n'existait plus le 5 septembre, la seule question est de savoir s'il y avait un pouvoir apparent à cette date-là. La Cour d'appel s'emploie alors à examiner la preuve afin de vérifier si elle remplit les conditions énoncées par le lord juge Diplock dans l'arrêt *Freeman & Lockyer*, précité. Il appert qu'à son avis, l'existence d'un pouvoir exprès jusqu'au 3 septembre a peu ou pas de rapport avec la question en litige.

Je ne partage pas ce point de vue. Le lord juge Diplock écrit ceci dans l'arrêt *Freeman & Lockyer*, aux pp. 503 et 504:

> [TRADUCTION] L'origine d'un pouvoir «apparent» peut prendre diverses formes dont la plus courante est le comportement, c.-à-d. lorsque le commettant permet au mandataire d'agir d'une certaine façon dans la conduite de ses affaires vis-à-vis d'autres personnes. Ce faisant, le commettant donne à entendre à celui qui constate cette façon d'agir du mandataire que ce dernier a le pouvoir de passer avec d'autres personnes, au nom du commettant, des contrats qui, normalement, sont passés en conformité d'un pouvoir «exprès».

Surely there can be no stronger instance of representing an agent as having permission to act in the conduct of the principal's business with other persons than by permitting an agent to negotiate who is clothed with actual authority so to do. Kurtz, who had actual authority to negotiate for the sale of the sulphur and to effect its sale, was permitted by the respondent to negotiate with the appellant for that purpose. This is not a case of an agent, without authority, representing that he had an authority to deal which, in fact, he lacked. His lack of authority on September 5 was the result of a curtailment of his real authority effected without the knowledge of the appellant. In my opinion, there was here a representation of authority by the respondent on which the appellant relied.

On this issue, with great respect, I agree with the views of the trial judge rather than those of the Appellate Division.

At trial, there was in issue the application of s. 7 of *The Sale of Goods Act*. This question was not dealt with in the Appellate Division because, in view of their conclusions on the main issue, it was unnecessary to do so. This defence to the action was not raised by the respondent on the appeal to this Court either in its factum or in oral argument. I am not prepared to reverse the trial judge on this issue.

The remaining issue is as to the amount of damages.

The trial judge awarded damages in the sum of $689,328.45 for breach of contract as follows:

1. As to the first 25,000 long tons	— $161,838.45;
2. As to the second 25,000 long tons	— $525,000.00;
3. Demurrage charges	— $ 2,490.00.

His awards of $161,838.45 and $2,490 were not disturbed by the Appellate Division but the Appellate Division would have substituted the sum of $150,000 for the $525,000 awarded relative to the second 25,000 long tons.

Il n'est sûrement pas de meilleur exemple du cas où l'on donne à entendre qu'un mandataire est autorisé à agir dans la conduite des affaires du mandant vis-à-vis d'autres personnes que celui où l'on permet à un mandataire, qui possède un pouvoir exprès à cet égard, de négocier. Kurtz, qui avait le pouvoir exprès de négocier la vente du soufre et d'exécuter cette vente, a été autorisé par l'intimée à négocier avec l'appelante à cette fin. Nous ne sommes pas devant un cas où un mandataire, qui n'a pas de pouvoir, donne à entendre qu'il en a un, alors qu'en réalité il n'en a pas. Si Kurtz n'avait pas de pouvoir le 5 septembre, c'est par suite d'une diminution de son pouvoir réel à l'insu de l'appelante. A mon avis, l'intimée a laissé croire à l'existence d'un pouvoir et l'appelante s'y est fiée.

Sur ce point, avec égards, je souscris à l'opinion du juge de première instance plutôt qu'à celle de la Division d'appel.

En première instance, l'application de l'art. 7 de *The Sale of Goods Act* était en litige. La Division d'appel n'a pas étudié cette question, puisque ses conclusions sur la question principale rendaient cet examen inutile. L'intimée dans le présent pourvoi n'a soulevé ce moyen de défense ni dans son factum ni dans sa plaidoirie orale. Je ne suis pas disposé à infirmer la décision du juge de première instance sur cette question.

La question qui reste à examiner concerne le quantum des dommages-intérêts.

Le juge de première instance a accordé comme suit des dommages-intérêts de $689,328.45 pour rupture du contrat:

1. Quant aux premières 25,000 tonnes fortes	— $161,838.45;
2. Quant aux secondes 25,000 tonnes fortes	— $525,000.00;
3. Frais de surestaries	— $ 2,490.00.

La Division d'appel n'a pas modifié les dommages-intérêts accordés sous les postes 1 et 3, mais elle aurait remplacé par un montant de $150,000 les dommages-intérêts de $525,000 accordés relativement aux secondes 25,000 tonnes fortes.

The trial judge approached the matter of damages by segregating the contracted quantity of 50,000 long tons to two lots of 25,000 long tons each. With respect to the first 25,000 long tons, the evidence was that the appellant was able to secure replacement sulphur. The trial judge held:

> As soon as it became abundantly clear to the plaintiff that the defendant was going to continue with its refusal to deliver the sulphur it had contracted to sell to the plaintiff, the representatives of the plaintiff made a concerted effort to find an alternative source of supply of sulphur and I am satisfied that they took all such reasonable steps as they could in this regard. As a result of such efforts, however, they were only able to obtain two contracts to purchase sulphur, each being for 12,500 tons at a purchase price in each contract of $7.50 per ton. While the plaintiff only received delivery of 23,200 tons of this alternative sulphur, it is my opinion that since it was entitled to receive 25,000 tons pursuant to the contracts it had entered into that in assessing damages I should do so on the assumption that it did receive the full 25,000 tons.

The appellant sold all of this replacement sulphur. The trial judge reviewed the evidence and found that the damages due to the appellant by reason of the failure to deliver the first 25,000 long tons was $164,328.45. The Appellate Division would not have disturbed this award.

As to the second 25,000 long tons, the trial judge reviewed the evidence and held that the appellant in taking delivery of the sulphur over the period to January of 1975 would have been able to sell that sulphur in a rapidly rising market where the prices were running from $52 per ton in August of 1974 to $73 per ton in early 1975, and found that the appellant thereby suffered a loss of profits in the sum of $525,000. He arrived at this amount by taking the average of sale prices per ton for sulphur during the period in which the appellant would have been taking deliveries of sulphur from the respondent, as being the figure at which the appellant could reasonably have been expected to resell the 25,000 tons of sulphur. The difference between that price and the cost per ton to the appellant of putting the sulphur on board a vessel at Quebec City, if the contract had not been

Le juge de première instance a étudié la question des dommages-intérêts en séparant en deux lots de 25,000 tonnes fortes chacun les 50,000 tonnes fortes de soufre, objet du contrat. En ce qui concerne les premières 25,000 tonnes, la preuve établit que l'appelante a été en mesure d'obtenir du soufre de remplacement. Le juge de première instance a conclu comme suit:

> [TRADUCTION] Dès qu'il est devenu évident que la défenderesse maintiendrait son refus de livrer la quantité de soufre stipulée au contrat, les représentants de la demanderesse ont, dans un effort concerté, tenté de trouver une autre source d'approvisionnement en soufre et je suis convaincu qu'ils ont fait toutes les démarches raisonnables à cet effet. Ces efforts n'ont toutefois conduit qu'à la conclusion de deux contrats d'achat de soufre, de 12,500 tonnes chacun au prix de $7.50 la tonne. Même si la demanderesse n'a reçu que 23,200 tonnes de soufre de remplacement, j'estime devoir tenir pour acquis, dans l'évaluation des dommages-intérêts, qu'elle a reçu les 25,000 tonnes au complet, puisqu'en vertu des deux contrats elle était en droit de les recevoir.

L'appelante a vendu tout son soufre de remplacement. Le juge de première instance a examiné la preuve et conclu que les dommages-intérêts dus à l'appelante en raison du défaut de livrer les premières 25,000 tonnes fortes se chiffraient à $164,328.45. La Division d'appel n'aurait pas modifié ce montant.

Quant aux secondes 25,000 tonnes fortes, le juge de première instance, après avoir examiné la preuve, a conclu que si l'appelante avait pris livraison du soufre de la date prévue à janvier 1975, elle aurait pu le vendre sur un marché à la hausse: en effet, de $52 en août 1974, la tonne de soufre est passée à $73 au début de 1975. Selon lui, l'appelante a par conséquent subi un manque à gagner de $525,000. Pour obtenir ce montant, le juge de première instance a fait la moyenne des prix de vente de la tonne de soufre pendant la période où l'appelante aurait dû prendre livraison du soufre de l'intimée; selon le juge, cela représente ce que l'appelante aurait pu raisonnablement tirer de la revente des 25,000 tonnes de soufre. La différence entre cette somme et ce que l'appelante aurait dû débourser par tonne de soufre pour le chargement à bord d'un navire à Québec, s'il n'y avait pas eu

breached, represented the loss of profit per ton which the appellant could reasonably have expected to earn.

Moir J.A. in the Appellate Division, with whom Prowse and Morrow JJ.A. concurred, reduced the award of $525,000 to $150,000. The Appellate Division proceeded on the footing that the appellant had contracts of sale in hand for the sulphur that it was purchasing from the respondent, which contracts would result in a profit to the appellant of $6 per ton and that therefore the appellant was limited to $6 per ton on the second 25,000 tons.

Moir J.A. stated as follows:

The respondent did not commit itself to the purchase of sulphur unless and until a purchaser from it had been lined up at a fixed sale price. The respondent [now appellant] then worked out its total handling costs through known loaders, haulers and stevedoring companies. If this would result in a profit they agreed to buy and sell at approximately the same time. With a known purchase price of $8.50 per ton (including the broker's fees) they had a laid down cost f.o.b. Quebec City of $44.50 per ton approximately. The proposed sale was at $50.50 per ton, that is, the price the respondent [now appellant] said it would not confirm until the purchase was certain. The estimated profit was $6.00 per ton on the balance of 25,000 tons, that is, $150,000.00. That would ordinarily be the damages within the contemplation of the parties. I would therefore assess the aspect of the claim at that sum.

The evidence does not appear to support the conclusion that, so far as the second 25,000 tons is concerned, the appellant had made any firm commitments for their sale. The appellant's commitments, at the time the contract of purchase was made, were met by procuring sulphur from other sources and the additional cost to the appellant comprises the damages awarded in respect of the first 25,000 tons. With respect to the second 25,000 tons, other deals were being contemplated but the price for their sale had not been determined.

The effect of the judgment of the Appellate Division is to limit the appellant's claims for loss of profits to resale prices as they existed in September 1974, but the deliveries under the contract

rupture du contrat, représentait la perte du profit par tonne que l'appelante estimait pouvoir raisonnablement réaliser.

Le juge Moir de la Division d'appel a réduit les dommages-intérêts de $525,000 à $150,000; les juges Prowse et Morrow ont souscrit à cette décision. La Division d'appel s'est fondée sur le motif que l'appelante avait déjà conclu des contrats de vente pour le soufre qu'elle achetait à l'intimée, contrats qui devaient lui permettre de réaliser un profit de $6 la tonne et qu'en conséquence, l'appelante n'avait droit qu'à $6 la tonne pour les secondes 25,000 tonnes.

Le juge Moir s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] L'intimée ne s'engageait à acheter du soufre que si elle avait trouvé un acheteur à un prix de vente ferme. L'intimée [maintenant appelante] établissait ensuite ses coûts totaux de manutention en collaboration avec des compagnies reconnues dans le domaine du chargement, du transport et de l'arrimage. Si l'opération rapportait un profit, elle convenait d'acheter et de vendre la marchandise à peu près en même temps. A partir d'un prix d'achat connu de $8.50 la tonne (y compris les frais du courtier), elle arrivait à un prix initial approximatif FOB Québec de $44.50 la tonne. Le prix de vente prévu était de $50.50 la tonne, soit le prix que l'intimée [maintenant appelante] ne voulait pas confirmer avant que l'achat soit ferme. Le profit anticipé était de $150,000 (soit 25,000 tonnes à $6 la tonne). Ceci représenterait ordinairement les dommages que les parties pouvaient prévoir. Par conséquent, je suis d'avis de fixer la réclamation à cette somme.

La preuve n'étaye pas la conclusion que l'appelante s'était fermement engagée à vendre les secondes 25,000 tonnes. Au moment de la conclusion du contrat d'achat, l'appelante a rempli ses engagements en se procurant du soufre d'autres sources et le coût additionnel qu'elle a subi est compensé par les dommages-intérêts accordés pour les premières 25,000 tonnes de soufre. Quant aux secondes 25,000 tonnes de soufre, elles faisaient l'objet d'autres transactions mais leur prix de vente n'avait pas été déterminé.

L'arrêt de la Division d'appel a pour effet de restreindre les réclamations de l'appelante pour manque à gagner aux prix de revente de septembre 1974, même si la livraison de la marchandise

were to be made over a five-month period. The trial judge found:

It had been anticipated by the parties that the plaintiff would start taking delivery of the defendant's sulphur very shortly after the contract was concluded and that it would be taking such delivery at the rate of approximately 10,000 tons per month. In order to take delivery the plaintiff was required to crush the sulphur and then to load it aboard railway cars, there being a railway siding in the immediate vicinity of the defendant's sulphur. The plaintiff then planned to transport the sulphur by rail to the seaport at Quebec City where it would be loaded aboard a vessel or vessels and then sold by it, F.O.B. vessel, to prospective purchasers. The defendant was aware of all of this with the possible exception of the intention to sell the sulphur, F.O.B. vessel.

He also found:

It is abundantly clear from the evidence before me that the plaintiff did suffer a very substantial loss of profit with respect to the sulphur now being dealt with. The cost to the plaintiff of the defendant's sulphur on board vessel at Quebec City and thus ready for resale, F.O.B. vessel, would be approximately $44.50 per ton. Evidence was called on behalf of the plaintiff which was uncontested by the defendant, and which I accept, to the effect that during the period from August 1974 to early in the year 1975, there was a shortage of sulphur for sale and an abundance of buyers with the result that prices were rising steadily. The selling of sulphur, F.O.B. vessel, at Quebec City during this period were approximately as follows:

Early August 1974	— $52 to $55 per ton
End of September 1974	— $58 to $62 per ton
End of 1974 and early 1975	— $70 to $73 per ton

Both of the parties to the contract were experienced traders. It was known to both that the appellant wished to purchase the sulphur for purposes of resale and that the appellant would seek to obtain the best price which it could. The Appellate Division relies on the evidence that because the appellant, at the time the contract was made, was contemplating possible potential profits of $6 per ton, its loss, because of the breach of contract, should be restricted to that amount. Had the appellant made firm commitments at that time at prices resulting in a $6 per ton profit, the situation would be different. But no such commitments had

devait, conformément aux termes du contrat, s'étendre sur une période de cinq mois. Le juge de première instance a conclu:

[TRADUCTION] Selon les prévisions des parties, la demanderesse devait commencer à prendre livraison du soufre de la défenderesse peu de temps après la conclusion du contrat, au rythme d'environ 10,000 tonnes par mois. Pour en prendre livraison, la demanderesse devait broyer le soufre et ensuite le charger à bord de wagons de chemin de fer puisqu'il y avait une voie de garage tout près de l'endroit où était entreposé le soufre de la défenderesse. La demanderesse avait projeté de transporter le soufre par chemin de fer jusqu'au port de Québec où il serait ensuite chargé à bord d'un ou de plusieurs navires. Elle entendait ensuite le vendre, FOB, à des acheteurs éventuels. La défenderesse était au courant de tous ces projets sauf probablement de l'intention de vendre le soufre FOB.

Il a également conclu:

[TRADUCTION] Il ressort très clairement de la preuve présentée devant moi que la demanderesse a, de fait, subi un manque à gagner très important en ce qui a trait au soufre dont il est question ici. La tonne de soufre achetée à la défenderesse, chargée sur le navire à Québec et donc prête à être revendue FOB navire, aurait coûté à la demanderesse environ $44.50 la tonne. J'accepte la preuve produite par la demanderesse et non contestée par la défenderesse, que d'août 1974 au début de 1975, il y avait, d'une part, pénurie de soufre à vendre et, d'autre part, un très grand nombre d'acheteurs, ce qui a entraîné une augmentation constante des prix. Le prix de vente du soufre, FOB Québec, au cours de cette période, a été à peu près le suivant:

Début août 1974	— $52 à $55 la tonne
Fin septembre 1974	— $58 à $62 la tonne
Fin 1974 et début 1975	— $70 à $73 la tonne

Les deux parties au contrat sont des commerçants expérimentés. Les deux savaient que l'appelante souhaitait acheter du soufre afin de le revendre et qu'elle tenterait d'obtenir le meilleur prix possible. La Division d'appel s'est fondée sur la preuve que, parce que l'appelante, à l'époque de la conclusion du contrat, prévoyait réaliser un profit de $6 par tonne, sa perte, vu la rupture du contrat, devait être limitée à ce montant. La situation serait différente si l'appelante s'était fermement engagée à cette époque à vendre à des prix lui assurant un profit de $6 la tonne. Mais l'appelante n'avait pas pris de tels engagements. L'intimée ne

been made. That being so, the respondent cannot complain if the appellant's loss of profits are determined on the basis adopted by the trial judge.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appellate Division and restore the judgment at trial, with costs to the appellant in this Court and in the Courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Code, Hunter, Calgary.

Solicitors for the defendant, respondent: McLaws & Co., Calgary.

peut donc se plaindre si le manque à gagner de l'appelante a été calculé de la manière adoptée par le juge de première instance.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Code, Hunter, Calgary.

Procureurs de la défenderesse, intimée: McLaws & Co., Calgary.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Terrance Dwayne Dubois *Respondent.*

1980: June 20.

Present: Martland, Dickson, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Criminal law — Murder — Acquittal by judge alone — Rational conclusion or mere conjecture by the trial judge — Error of law — Evidence — Uncorroborated testimony of a child — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(2).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta [1], dismissing the Crown's appeal from the acquittal of the accused by a judge alone on a charge of second degree murder. Appeal allowed.

Bruce W. Duncan, for the appellant.

Lorne Scott, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all in agreement with the reasons given by Chief Justice McGillivray, in dissent in the Court of Appeal, for deciding that a new trial should be ordered. We do not express any opinion as to whether subs. (2) of s. 16 of the *Canada Evidence Act* would have been applicable to the evidence of the witness Dionne Dubois. The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and a new trial is ordered.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Bruce W. Duncan, Calgary.

Solicitors for the respondent: Beaumont, Proctor, Calgary.

[1] (1979), 49 C.C.C. (2d) 501.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Terrance Dwayne Dubois *Intimé.*

1980: 20 juin.

Présents: Les juges Martland, Dickson, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Meurtre — Acquittement par un juge seul — Conclusion logique ou simple conjecture du juge du procès — Erreur de droit — Preuve — Témoignage non corroboré d'un enfant — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 16(2).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta [1], qui a rejeté un appel interjeté par le ministère public de l'acquittement de l'accusé prononcé par un juge seul sur une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

Bruce W. Duncan, pour l'appelante.

Lorne Scott, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec les motifs que le juge en chef McGillivray a donnés dans sa dissidence en Cour d'appel pour décider qu'un nouveau procès devrait être ordonné. Nous n'exprimons pas d'opinion sur la question de savoir si le par. 2 de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* peut s'appliquer au témoignage de Dionne Dubois. Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et un nouveau procès est ordonné.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Bruce W. Duncan, Calgary.

Procureurs de l'intimé: Beaumont, Proctor, Calgary.

[1] (1979), 49 C.C.C. (2d) 501.

Lea Sheppe *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: March 13; 1980: March 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charges of conspiracy to traffic in a narcotic and unlawfully trafficking in a narcotic — Conviction for substantive offence of trafficking not precluded by conviction for conspiracy — Convictions not for same cause or matter.

The appellant and one Beeman were jointly charged that between July 14, 1973, and September 12, 1973, at or near the city of Nanaimo, they did unlawfully conspire together, the one with the other, to traffic in heroin. The appellant was also charged in a second count that between September 1, 1973, and September 12, 1973, at or near Nanaimo, he did unlawfully traffic in heroin. The trafficking proved against him, a transaction with Beeman, occurred on September 3, 1973, and was one of five heroin transactions between them. Beeman was also charged with unlawful possession of a narcotic and was acquitted under the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, but the acquittal was set aside on appeal by the British Columbia Court of Appeal and a new trial was ordered. Both the accused appealed their conviction of conspiracy but their appeals were dismissed. The appellant's appeal against his conviction of trafficking was held up pending the disposition of the Crown's appeal against Beeman's acquittal of the possession charge. The Court of Appeal rejected the application of the *Kienapple* principle in setting aside Beeman's acquittal and, for the same reasons given in that case, it affirmed the appellant's conviction of trafficking. Beeman's appeal to this Court on the possession charge was dismissed as moot when the Crown announced that it did not intend to proceed with the new trial ordered by the Court of Appeal. At the same time, this Court gave the appellant leave to appeal the trafficking conviction to enable him to raise the *Kienapple* principle in respect thereof.

Lea Sheppe *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 13 mars; 1980: 27 mars.

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

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

Droit criminel — Accusations de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant et trafic illégal d'un stupéfiant — Déclaration de culpabilité de l'infraction matérielle de trafic non exclue par une déclaration de culpabilité de complot — Déclarations de culpabilité pas pour la même cause ou chose.

L'appelant et un nommé Beeman ont conjointement été inculpés d'avoir, entre le 14 juillet et le 12 septembre 1973, dans la ville de Nanaïmo ou ses environs, comploté ensemble et l'un avec l'autre en vue de faire le trafic d'héroïne. L'appelant a également été inculpé, sur un second chef, d'avoir, entre le 1er septembre et le 12 septembre 1973, dans la ville de Nanaïmo ou ses environs, fait le trafic d'héroïne. L'infraction de trafic prouvée contre lui, une opération avec Beeman, a eu lieu le 3 septembre 1973; il s'agissait de l'une des cinq opérations intervenues entre eux à des fins de trafic d'héroïne. Beeman a aussi été accusé de possession illégale de narcotique; il a été acquitté conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cet acquittement et ordonné un nouveau procès. Les accusés ont tous deux interjeté appel de leur déclaration de culpabilité de complot mais leurs appels ont été rejetés. L'audition de l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de trafic a été retardée en attendant le résultat de l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de Beeman sur l'accusation de possession. La Cour d'appel a rejeté l'application du principe formulé dans l'arrêt *Kienapple* en infirmant l'acquittement de Beeman et, pour les motifs énoncés dans cet arrêt-là, elle a confirmé la déclaration de culpabilité de l'appelant sur l'accusation de trafic. Le pourvoi interjeté par Beeman devant cette Cour relativement à l'accusation de possession a été rejeté parce qu'il a perdu tout intérêt pratique vu la déclaration du ministère public qu'il n'entendait pas donner suite au nouveau procès ordonné par la Cour d'appel. Simultanément, cette Cour a autorisé l'appelant à interjeter appel de la déclaration de culpabilité de trafic afin de lui permettre de soulever le principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*.

Held: The appeal should be dismissed.

In *Kienapple v. The Queen*, this Court was concerned with a single act which gave rise to two different offences, and it held that multiple convictions could not be supported for the same delict or for the same cause or matter or where the same or substantially the same elements entered into two different offences. This Court held further in *R. v. Loyer and Blouin*, [1978] 2 S.C.R. 631, that the *Kienapple* principle against multiple convictions did not automatically apply where the accused, charged with two offences, with common elements, pleads guilty to the less serious charge. In such a case the plea should be held in abeyance, pending the trial of the more serious offence. If the accused is found guilty, the plea of guilty to the less serious charge should be struck out and an acquittal entered. If there is a plea of guilty to the more serious charge, an acquittal should be entered on the less serious one. None of these considerations applied here.

The present case was not one where the two convictions were for the same cause or matter or involved the same or substantially the same elements to establish criminality. The trafficking transaction had no element of culpability that was in any way common with the charge of conspiracy which depended on proof of a prior illegal agreement and transcended any dependence on the trafficking transactions.

Sokoloski v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 523; *Leroux v. The King* (1950), 10 C.R. 294; *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508; *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia dismissing the appellant's appeal from his conviction on a charge of trafficking in a narcotic. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., for the appellant.

S. R. Fainstein and *E. G. Ewaschuk, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is whether the principle in *Kienapple v. The*

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans *Kienapple c. La Reine*, où un seul acte était à l'origine de deux infractions distinctes, cette Cour a jugé qu'on ne pouvait justifier des déclarations de culpabilité multiples pour le même délit ou pour la même cause ou chose ou lorsque les mêmes éléments ou fondamentalement les mêmes se retrouvent dans deux infractions distinctes. Cette Cour a de plus jugé dans *La Reine c. Loyer et Blouin*, [1978] 2 R.C.S. 631, que le principe formulé dans *Kienapple* à l'encontre des déclarations de culpabilité multiples ne s'appliquait pas automatiquement lorsqu'une personne accusée de deux infractions qui renferment des éléments communs plaide coupable de l'inculpation la moins grave. En pareil cas, il faut remettre la décision sur le plaidoyer en attendant le procès sur l'infraction la plus grave. Si l'accusé est déclaré coupable, le plaidoyer de culpabilité sur l'inculpation la moins grave doit être radié et un acquittement inscrit. Si l'accusé plaide coupable sur l'inculpation la plus grave, alors il doit être acquitté de l'accusation la moins grave. Aucune de ces considérations ne s'applique ici.

En l'espèce, les deux déclarations de culpabilité ne proviennent ni de la même cause ou chose ni ne mettent en jeu les mêmes éléments ou fondamentalement les mêmes pour établir le caractère criminel de l'acte. L'opération de trafic ne comporte aucun élément de culpabilité à même d'être retrouvé, d'une façon ou d'une autre, dans l'accusation de complot qui est tributaire de la preuve d'une entente antérieure illégale et transcende toute subordination aux autres opérations de trafic.

Jurisprudence: distinction faite avec *Sokoloski c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 523; *Leroux v. The King* (1950), 10 C.R. 294; *R. c. Quon*, [1948] R.C.S. 508; *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté un appel de l'appelant déclaré coupable de faire le trafic d'un stupéfiant. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, c.r., pour l'appelant.

S. R. Fainstein et *E. G. Ewaschuk, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si le principe formulé dans

Queen[1] applies to preclude a conviction of an accused for trafficking in a narcotic when he has also been convicted of conspiracy so to traffic and where the substantive offence, charged as a second count to the conspiracy, took place within the conspiracy period and involved the accused's co-conspirator who was joined in the conspiracy count. It was the contention of the appellant accused that the two counts were alternative only and that the accused could not be legally convicted of trafficking in the particular circumstances of this case once he was convicted (as was his co-conspirator) of conspiracy. The contention is untenable and the appeal fails for the reasons which follow.

The appellant and one Beeman were jointly charged that between July 14, 1973, and September 12, 1973, at or near the city of Nanaimo, they did unlawfully conspire together, the one with the other, to traffic in heroin. The appellant was also charged in a second count that between September 1, 1973, and September 12, 1973, at or near Nanaimo, he did unlawfully traffic in heroin. The trafficking proved against him, a transaction with Beeman, occurred on September 3, 1973, and was one of five heroin transactions between them. Beeman was also charged with unlawful possession of a narcotic and was acquitted under the *Kienapple* principle, but the acquittal was set aside on appeal by the British Columbia Court of Appeal and a new trial was ordered. Both the accused appealed their conviction of conspiracy but their appeals were dismissed. The appellant's appeal against his conviction of trafficking was held up pending the disposition of the Crown's appeal against Beeman's acquittal of the possession charge. The British Columbia Court of Appeal rejected the application of the *Kienapple* principle in setting aside Beeman's acquittal and, for the same reasons given in that case, it affirmed the appellant's conviction of trafficking. Beeman's appeal to this Court on the possession charge was dismissed as moot when the Crown annouced that it did not intend to proceed with the new trial

[1] [1975] 1 S.C.R. 729.

l'arrêt *Kienapple c. La Reine*[1] a pour effet d'empêcher de déclarer coupable une personne accusée de faire le trafic d'un stupéfiant lorsqu'elle a déjà été déclarée coupable de complot en vue d'en faire le trafic et que l'infraction matérielle, qui fait l'objet d'un second chef d'accusation après celui de complot, a été commise pendant la période du complot et implique le complice de l'accusé qui, conjointement avec ce dernier, est inculpé de complot. L'accusé appelant allègue qu'il faut faire un choix entre les deux chefs d'accusation et qu'il ne peut à bon droit être déclaré coupable de trafic dans les circonstances particulières de cette affaire après avoir été déclaré coupable de complot (à l'instar de son complice). Cette allégation n'est pas soutenable et il ne peut être fait droit au pourvoi pour les motifs suivants.

L'appelant et un nommé Beeman ont conjointement été inculpés d'avoir, entre le 14 juillet et le 12 septembre 1973. dans la ville de Nanaïmo ou ses environs, comploté ensemble et l'un avec l'autre en vue de faire le trafic d'héroïne. L'appelant a également été inculpé, sur un second chef, d'avoir, entre le 1er septembre et le 12 septembre 1973, dans la ville de Nanaïmo ou ses environs, fait le trafic d'héroïne. L'infraction de trafic prouvée contre lui, une opération avec Beeman, a eu lieu le 3 septembre 1973; il s'agissait de l'une des cinq opérations intervenues entre eux à des fins de trafic d'héroïne. Beeman a aussi été accusé de possession illégale d'un stupéfiant; il a été acquitté conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cet acquittement et ordonné un nouveau procès. Les accusés ont tous deux interjeté appel de leur déclaration de culpabilité de complot mais leurs appels ont été rejetés. L'audition de l'appel formé par l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de trafic a été retardée en attendant le résultat de l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de Beeman sur l'accusation de possession. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'application du principe formulé dans l'arrêt *Kienapple* en infirmant l'acquittement de Beeman et, pour les motifs énoncés dans cet arrêt-là, elle a confirmé la décla-

[1] [1975] 1 R.C.S. 729.

ordered by the British Columbia Court of Appeal. At the same time, this Court gave the appellant leave to appeal the trafficking conviction to enable him to raise the *Kienapple* principle in respect thereof.

ration de culpabilité de l'appelant sur l'accusation de trafic. Le pourvoi interjeté par Beeman devant cette Cour relativement à l'accusation de possession a été rejeté parce qu'il avait perdu tout intérêt pratique vu la déclaration du ministère public qu'il n'entendait pas donner suite au nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Simultanément, cette Cour a autorisé l'appelant à interjeter appel de la déclaration de culpabilité de trafic afin de lui permettre de soulever le principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*.

It is important to note that the conviction of conspiracy of both the appellant and of Beeman was not founded only on the trafficking transaction of which the appellant was also convicted, nor indeed, on the other trafficking transactions between them (although all five transactions provided proof of overt acts in pursuance of the conspiracy). What the trial judge found, on the evidence, was that the two accused had agreed upon a scheme for the distribution of heroin in the Nanaimo area, "a planned common design on agreed terms", the use of the trial judge's words. The trial judge said this:

Il importe de souligner que la déclaration de culpabilité de complot prononcée à la fois contre l'appelant et contre Beeman ne repose pas seulement sur l'opération de trafic dont l'appelant a en outre été déclaré coupable, ni d'ailleurs sur les cinq autres opérations intervenues entre eux (même si ces dernières ont fourni la preuve d'actes manifestes accomplis en vue du complot). Le juge du procès a conclu, d'après la preuve, que les deux accusés s'étaient entendus sur un plan de distribution d'héroïne dans la région de Nanaïmo, ou selon les termes du juge du procès, sur [TRADUCTION] «un projet élaboré en commun selon des modalités convenues entre eux». Le juge du procès a dit:

> There is no doubt whatever in my mind that these two men knowingly and deliberately embarked on a scheme of distribution of heroin in the Nanaimo area, and implemented it with a considerable degree of financial success during the period alleged in the indictment. This scheme was far more than an occasional purchase by Beeman, the retailer on a rotating credit from Sheppe, the wholesaler, as contended by the defence. There were here financial, joint planning, meetings, private conversations, telephone discussions, all the indicia in short of a planned common design on agreed terms over a period of time to profit from the unfortunate and large scale sale of heroin in the Nanaimo area. There was on all the evidence a continuing and knowing agreement, close association and intent which renders both accused guilty on Count 1, the conspiracy charge.

> [TRADUCTION] Je n'ai aucun doute que ces deux hommes se sont lancés délibérément et sciemment dans un plan de distribution d'héroïne dans la région de Nanaïmo avec un succès financier considérable au cours de la période mentionnée dans l'acte d'accusation. Ce plan ne se limitait pas à l'achat occasionnel d'héroïne par Beeman, le détaillant, à qui Sheppe, le grossiste, accordait un crédit renouvelable, comme le prétend la défense. Il y a eu une planification financière conjointe, des réunions, des conversations privées, des entretiens téléphoniques, bref, tous les signes d'un projet élaboré en commun selon les modalités convenues entre eux, sur une période de temps, pour tirer profit du fâcheux commerce d'héroïne sur une grande échelle dans la région de Nanaïmo. Toute la preuve démontre l'existence d'une entente continue et délibérée entre les parties, d'une association étroite et d'une intention qui aboutit à la culpabilité des deux accusés sur le premier chef, savoir le complot.

It is trite law that the gist of conspiracy under our law lies in an unlawful agreement, here to violate the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c.

Il est bien établi que l'essence du complot en vertu de nos principes juridiques consiste en une entente illicite, en l'espèce, d'enfreindre la *Loi sur*

N-1: see *Mulcahy v. The Queen*[2]; *Paradis v. The King*[3]; *The Queen v. Kravenia*[4]. Culpability does not depend on the implementation of the design, although the law in the United States is different in also requiring proof of an overt act: see *United States v. Skillman*[5]. In Canada, overt acts are admissible evidence to support a charge of conspiracy: see *Koufis v. The King*[6]; *The Queen v. Gagnon*[7]. This does not, however, mean that the acts merge into the conspiracy so as to lose their independent character: see *Brodie v. The King*[8], at p. 199.

The present case does not raise the kind of issue which concerned this Court in *Sokoloski v. The Queen*[9]. Although on one view of the facts in that case it might appear that a conspiracy could arise from a mere exchange of promises, a contract of sale and purchase of a drug, I read the majority judgment as resting on a prior agreement, although in the implementation thereof a transaction of sale and purchase was carried out. Here, there can be no doubt of the prior agreement, the scheme which the appellant and Beeman concocted and then proceeded to carry out.

Counsel for the appellant conceded that the substantive trafficking offence was not an included offence in conspiracy to traffic but he did urge that it was inconsistent to convict the appellant of both. This is more a plea of unfairness than an argument of law; see *The King v. Goodfellow*[10], at p. 431; *Rex v. Hayes*[11], at p. 88. However, even if there was legal merit in it if the one substantive offence was the main piece of evidence from which an inference of a prior illegal agreement was drawn, the present case is far removed from such a situation. The charge of conspiracy was the first count against the appellant and Beeman, followed

[2] (1868), L.R. 3 H.L. 306.
[3] [1934] S.C.R. 165.
[4] [1955] S.C.R. 615.
[5] 442 F. 2d 542 (1971).
[6] [1941] S.C.R. 481.
[7] [1956] S.C.R. 635.
[8] [1936] S.C.R. 188.
[9] [1977] 2 S.C.R. 523.
[10] (1906), 10 C.C.C. 424.
[11] [1942] 2 D.L.R. 85.

les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1: voir *Mulcahy v. The Queen*[2]; *Paradis c. Le Roi*[3]; *La Reine c. Kravenia*[4]; La culpabilité n'est pas subordonnée à l'exécution du projet, ce en quoi le droit américain se distingue du nôtre car il exige aussi la preuve d'un acte manifeste: voir *United States v. Skillman*[5]. Au Canada, les actes manifestes sont recevables en preuve pour étayer une accusation de complot: voir *Koufis c. Le Roi*[6]; *La Reine c. Gagnon*[7]. Cela ne signifie pas pour autant que les actes se fondent dans le complot de manière à perdre leur caractère propre: voir *Brodie c. Le Roi*[8], à la p. 199.

La présente affaire ne soulève pas le genre de question posée à cette Cour dans *Sokoloski c. La Reine*[9]. Même si selon une interprétation des faits de cette affaire-là, on peut penser qu'un simple échange de promesses, un contrat de vente et d'achat d'une drogue, peut donner lieu à un complot, la décision de la majorité est, selon moi, fondée sur l'existence d'une entente antérieure, même si une opération de vente et d'achat avait été effectuée en exécution de cette entente. En l'espèce, on ne peut douter de l'existence de l'entente antérieure, du plan que l'appelant et Beeman ont ourdi et ont ensuite mis à exécution.

L'avocat de l'appelant admet que l'infraction matérielle de trafic n'est pas comprise dans l'infraction de complot pour faire le trafic. Mais il fait valoir qu'il est illogique de déclarer l'appelant coupable des deux. Il s'agit plus d'un plaidoyer d'iniquité que d'un argument juridique: voir *The King v. Goodfellow*[10], à la p. 431; *Rex v. Hayes*[11], à la p. 88. Même si l'on pouvait y trouver un fondement juridique, si l'infraction matérielle était le principal élément de preuve dont on a pu déduire l'existence d'une entente antérieure illégale, il reste que la présente affaire est bien loin de s'apparenter à pareille situation. L'accusation de

[2] (1868), L.R. 3 H.L. 306.
[3] [1934] R.C.S. 165.
[4] [1955] R.C.S. 615.
[5] 442 F. 2d 542 (1971).
[6] [1941] R.C.S. 481.
[7] [1956] R.C.S. 635.
[8] [1936] R.C.S. 188.
[9] [1977] 2 R.C.S. 523.
[10] (1906), 10 C.C.C. 424.
[11] [1942] 2 D.L.R. 85.

by a count charging trafficking and, on the facts, this was not a case such as that which incurred the criticism of Barclay J. in *Leroux v. The King*[12] at p. 300 where, in effect, the conspiracy charge was mounted on the back of the charge of a substantive offence.

The law on the point in issue here is the same in England, subject now to the question of the propriety of joinder of conspiracy and the substantive offence, with the Court entitled to put the Crown to an election if joinder is not justified: see *Practice Direction*, [1977] 2 All E.R. 540. In the United States too, it has been held that there is no double jeopardy involved in a conviction of the substantive offence as well as a conviction of conspiracy to commit it: see *Pereira v. United States*[13]. There are two exceptions to this in the United States, neither of which has application here. One is where the substantive offence necessarily involves an agreement of two persons to act in concert, *e.g.* duelling, so that the conspiracy is embraced in the substantive offence. The other is where the prohibited conduct involves two or more persons, *e.g.* a sale, but prescribes punishment for one only and the other participates only to the extent of establishing the offence: see *Corpus Juris Secundum*, vol. 15A, p. 765.

In *Kienapple v. The Queen, supra*, this Court was concerned with a single act which gave rise to two different offences, and it held that multiple convictions could not be supported for the same delict or for the same cause or matter or where the same or substantially the same elements entered into two different offences. This Court held further in *The Queen v. Loyer and Blouin*[14] that the *Kienapple* principle against multiple convictions did not automatically apply where the accused, charged with two offences, with common elements, pleads guilty to the less serious charge. In such a

[12] (1950), 10 C.R. 294.
[13] 374 U.S. 1 (1954).
[14] [1978] 2 S.C.R. 631.

complot est le premier chef porté contre l'appelant et Beeman, suivi d'une accusation de trafic; on constate, d'après les faits, que cette affaire diffère de celle qu'a critiquée le juge Barclay, savoir *Leroux v. The King*[12], à la p. 300, où de fait l'accusation de complot était greffée à l'accusation relative à l'infraction matérielle.

Les principes juridiques qui régissent la question en litige ici sont les mêmes qu'en Angleterre, sous réserve à ce stade de la question de l'opportunité de réunir le complot et l'infraction matérielle et du droit de la Cour d'obliger le ministère public à faire un choix si une telle réunion n'est pas justifiée: voir *Practice Direction*, [1977] 2 All E.R. 540. De plus, il a été jugé aux États-Unis qu'une déclaration de culpabilité de l'infraction matérielle de même qu'une déclaration de culpabilité de complot en vue de la commettre ne créaient pas un double péril: voir *Pereira v. United States*[13]. Ce principe connaît deux exceptions aux États-Unis, dont aucune ne s'applique ici. L'une concerne le cas où l'infraction matérielle implique nécessairement que deux personnes conviennent d'agir de concert, par exemple le cas d'un duel; le complot est alors compris dans l'infraction matérielle. L'autre exception vise le cas où l'infraction met en cause deux personnes ou plus, par exemple le cas d'une vente, mais prescrit une peine à l'égard d'une personne seulement et n'implique l'autre que pour établir l'infraction: voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 15A, à la p. 765.

Dans *Kienapple c La Reine*, précité, où un seul acte était à l'origine de deux infractions distinctes, cette Cour a jugé qu'on ne pouvait justifier des déclarations de culpabilité multiples pour le même délit ou pour la même cause ou chose ou lorsque les mêmes éléments ou fondamentalement les mêmes se retrouvent dans deux infractions distinctes. Cette Cour a de plus jugé dans *La Reine c. Loyer et Blouin*[14], que le principe formulé dans *Kienapple* à l'encontre des déclarations de culpabilité multiples ne s'appliquait pas automatiquement lorsqu'une personne accusée de deux infractions

[12] (1950), 10 C.R. 294.
[13] 347 U.S. 1 (1954).
[14] [1978] 2 R.C.S. 631.

case the plea should be held in abeyance, pending the trial of the more serious offence. If the accused is found guilty, the plea of guilty to the less serious charge should be struck out and an acquitttal entered. If there is a plea of guilty to the more serious charge, an acquittal should be entered on the less serious one. None of these considerations apply here.

The present case is not one where the two convictions were for the same cause or matter or involved the same or substantially the same elements to establish criminality. The trafficking transaction had no element of culpability that was in any way common with the charge of conspiracy which depended on proof of a prior illegal agreement and, as I pointed out earlier, transcended any dependence on the trafficking transactions. Accordingly, neither *The King v. Quon*[15], nor *The Queen v. Siggins*[16], urged by counsel for the appellant in support of the appeal, bear any resemblance to the issues in the recent case.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co., Vancouver.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[15] [1948] S.C.R. 508.
[16] (1960), 127 C.C.C. 409.

qui renferment des éléments communs plaide coupable de l'inculpation la moins grave. En pareil cas, il faut remettre la décision sur le plaidoyer en attendant le procès sur l'infraction la plus grave. Si l'accusé est déclaré coupable, le plaidoyer de culpabilité sur l'inculpation la moins grave doit être radié et un acquittement inscrit. Si l'accusé plaide coupable sur l'inculpation la plus grave, alors il doit être acquitté de l'accusation la moins grave. Aucune de ces considérations ne s'applique ici.

En l'espèce, les deux déclarations de culpabilité ne proviennent ni de la même cause ou chose ni ne mettent en jeu les mêmes éléments ou fondamentalement les mêmes pour établir le caractère criminel de l'acte. L'opération de trafic ne comporte aucun élément de culpabilité à même d'être retrouvé, d'une façon ou d'une autre, dans l'accusation de complot qui est tributaire de la preuve d'une entente antérieure illégale et, comme je l'ai déjà souligné, transcende toute subordination aux autres opérations de trafic. Par conséquent, les arrêts *Le Roi c. Quon*[15] et *The Queen v. Siggins*[16], que l'avocat de l'appelant a fait valoir à l'appui du pourvoi, n'ont aucun point commun avec les questions en litige dans la présente affaire.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co., Vancouver.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[15] [1948] R.C.S. 508.
[16] (1960), 127 C.C.C. 409.

Central and Eastern Trust Company
Appellant;

and

Irving Oil Limited

and

Stonehouse Motel and Restaurant Limited
Respondents.

1979: November 26; 1980: April 22.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Company law — Power to borrow — Prohibited transaction — Mortgage by company in connection with purchase of shares — Purchase of shares in company financed by mortgaging of company's assets — Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).

Mortgages — Foreclosure — Enforceability of mortgage — Prohibited transaction — Financing of purchase of company shares — Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).

Irving was the holder of two judgments against Stonehouse in the amounts of $9,685.38 and $905.76. Both Irving and Stonehouse claimed as against the appellant Central and Eastern Trust that the circumstances under which a mortgage was given by Stonehouse to Nova Scotia Trust Company, of which Central and Eastern Trust is the successor, made it unenforceable as offending against the provisions of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*. The mortgage secured an advance of $225,000, the amount of which was not in dispute.

Stonehouse was incorporated in 1960 and had 500 issued shares; 495 were held and owned by McCusker Brown. He listed his shares for sale with real estate agents at a price of $315,000. An offer was made to purchase 'the property known as Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.' That offer was not accepted but subsequently agreement was reached for the purchase of 'all the shares in the capital stock of Stone-House Motel and Restaurant Limited' for $315,000 conditional upon a first mortgage of $225,000 being arranged with a recognized lending institution on the security of the motel. The purchase price was made up as follows—down payment $15,000, proceeds from Nova Scotia Trust mortgage $225,000, proceeds from second mortgage $25,000 and loans obtained by the three purchasers $50,000, (who thereafter became president, vice-presi-

Central and Eastern Trust Company
Appelante;

et

Irving Oil Limited

et

Stonehouse Motel and Restaurant Limited
Intimées.

1979: 26 novembre; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit des compagnies — Pouvoir d'emprunt — Opération interdite — Hypothèque par la compagnie à l'égard de l'achat d'actions — Achat d'actions de la compagnie financé par l'hypothèque de son actif — Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).

Hypothèques — Forclusion — Mise à exécution de l'hypothèque — Opération interdite — Financement de l'achat des actions de la compagnie — Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).

Irving détient deux jugements contre Stonehouse pour des montants de $9,685.38 et $905.76. Irving et Stonehouse soutiennent à l'encontre de l'appelante Central and Eastern Trust que les circonstances dans lesquelles l'hypothèque a été consentie par Stonehouse à Nova Scotia Trust Company, dont Central and Eastern Trust est le successeur, la rendent inexécutoire puisqu'elle viole les dispositions du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. L'hypothèque garantit une somme de $225,000, un montant qui n'est pas en litige.

Stonehouse a été constituée en 1960 avec 500 actions émises; 495 appartenaient à McCusker Brown. Il a mis ses actions en vente auprès d'un courtier en immeubles au prix de $315,000. Une offre a été faite pour l'achat de «la propriété connue sous le nom de Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.» Cette offre a été refusée mais, subséquemment, on a abouti à un accord pour l'achat de «toutes les actions du capital-actions de Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.», pour $315,000 à la condition d'obtenir une première hypothèque de $225,000 auprès d'une institution de prêt reconnue sur l'actif du motel. Le prix d'achat se répartit comme suit—mise de fonds $15,000, montant de l'hypothèque de Nova Scotia Trust Company $225,000, montant d'une deuxième hypothèque $25,000 et prêts obtenus par les trois acheteurs $50,000, (qui sont devenus respective-

dent, secretary respectively and directors of the Stonehouse company.)

The trial judge found the appellant Central and Eastern Trust to be entitled to an order for foreclosure and sale of the "land and chattel mortgage" given to secure the $225,000. However the Appeal Division found the mortgage unenforceable (except to the extent of $78,650) as contrary to s. 96(5) which provides that "it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, whether by means of a loan guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of *or in connection with a purchase made by any person of any shares in the company*".

Held: The appeal should be dismissed and the cross-appeal allowed.

The mortgagee here failed to prove that any of the proceeds of the mortgage in question were advanced to the mortgagor. The $225,000 mortgage advance was designed by all concerned for the purpose of, or in any event *in connection with* the purchase of Brown's shares in the company by the three purchasers. The advance was to be paid to the vendor (Brown) and the situation here as found by the trial judge was that Nova Scotia Trust knew at and prior to the advance that the funds were to be used for the purchase of issued company shares. The stigma of illegality attaching to a security given by a company is not erased by the fact that a portion of the purchase price was employed by the vendor in reduction of the company's liabilities. The fact that a part of those purchase monies were used in satisfaction of the Stonehouse outstanding liabilities cannot alter the fact that the mortgage was given to provide financial assistance in connection with the purchase of shares.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1], allowing in part an appeal from a judgment of Macdonald J. at trial in foreclosure proceedings. Appeal dismissed, cross-appeal allowed.

Walter B. Williston, Q.C., and *Robert A. Cluney, Q.C.*, for the appellant.

D. A. Caldwell, G. I. Smith, Q.C., and *S. R. Morse*, for the respondent Irving Oil Limited.

[1] (1978), 28 N.S.R. (2d) 120.

ment président, vice-président, secrétaire et administrateur de la compagnie Stonehouse.)

Le juge de première instance a reconnu le droit de l'appelante Central and Eastern Trust à une ordonnance de forclusion et de vente des biens meubles et immeubles hypothéqués pour garantir la somme de $225,000. Cependant la division d'appel a conclu que l'hypothèque n'était pas exécutoire (sauf pour ce qui est du montant de $78,650) car elle était contraire au par. 96(5) qui prévoit qu'«une compagnie ne peut légalement donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins *ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit*».

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Le créancier hypothécaire n'a pas réussi à établir que quelque partie du produit de l'hypothèque en cause a été versée au débiteur hypothécaire. Pour toutes les parties en cause, le prêt hypothécaire de $225,000 devait servir aux trois acheteurs aux fins ou, en tout état de cause, *à l'égard de* l'achat des actions de la compagnie appartenant à Brown. Le montant devait être versé au vendeur (Brown) et le juge de première instance a conclu en l'espèce que Nova Scotia Trust savait au moment où elle a prêté les fonds, et même avant, que ceux-ci devaient servir à l'achat d'actions émises de la compagnie. Le stigmate d'illégalité lié à une garantie que donne une compagnie ne disparaît pas du fait que le vendeur a utilisé une partie du prix d'achat pour réduire les dettes de la compagnie. Le fait qu'une partie du prix d'achat ait été utilisée pour payer les dettes de Stonehouse ne peut modifier le fait que l'hypothèque a été consentie pour fournir une aide financière à l'égard de l'achat d'actions.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse[1], qui a accueilli en partie un appel du jugement du juge Macdonald en première instance sur une procédure de forclusion. Pourvoi rejeté, pourvoi incident accueilli.

Walter B. Williston, c.r., et *Robert A. Cluney, c.r.*, pour l'appelante.

D. A. Caldwell, G. I. Smith, c.r., et *S. R. Morse*, pour l'intimée Irving Oil Limited.

[1] (1978), 28 N.S.R. (2d) 120.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court by Central and Eastern Trust Company (hereinafter referred to as "Central") from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia allowing in part an appeal from the judgment rendered at trial by Mr. Justice Hart whereby he had found Central to be entitled to an order for foreclosure and sale of a land and chattel mortgage given by Stonehouse Motel and Restaurant Limited (hereinafter referred to as "Stonehouse") to secure the advance to that company by the Nova Scotia Trust Company of $225,000. The mortgage is dated December 31, 1968 and the original mortgagee, Nova Scotia Trust Company, has long since been succeeded by Central.

The trial judge in granting the order for foreclosure concluded that the mortgage was valid and enforceable whereas Mr. Justice Macdonald, speaking on behalf of the Appeal Division, found the mortgage unenforceable as being in breach of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42, save with respect to the amount of $78,650 which he found to have been applied from the mortgage monies for the benefit of Stonehouse thus constituting consideration for a mortgage which would otherwise have been void.

Irving Oil Company Limited is the holder of two judgments against Stonehouse in the amounts of $9,685.38 and $905.76, and like Stonehouse it claims that the circumstances under which the mortgage was given made it totally unenforceable as offending against the provisions of the said s. 96(5).

It was initially alleged that because the mortgage in question was executed on the authority of a resolution of the directors of Stonehouse without the sanction of a special resolution of the company it was invalid as contravening s. 88(2) of the Nova Scotia *Companies Act* which provides:

88. (2) The power to execute mortgages of its real and personal property, and the power to issue debentures

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi interjeté sur autorisation de cette Cour par Central and Eastern Trust Company (ci-après appelée «Central») à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a accueilli en partie l'appel du jugement rendu en première instance par le juge Hart. Celui-ci avait reconnu le droit de Central à une ordonnance de forclusion et de vente des biens meubles et immeubles que Stonehouse Motel and Restaurant Limited (ci-après appelée «Stonehouse») avait hypothéqués pour garantir la somme de $225,000 que lui avait avancée Nova Scotia Trust Company. L'hypothèque est datée du 31 décembre 1968 et Central a depuis longtemps succédé au créancier hypothécaire initial, Nova Scotia Trust Company.

En accordant l'ordonnance de forclusion, le juge de première instance a conclu que l'hypothèque était valide et exécutoire alors que le juge Macdonald, parlant au nom de la Division d'appel, a jugé que l'hypothèque n'était pas exécutoire puisqu'elle violait le par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 42, sauf pour ce qui est du montant de $78,650; il a conclu qu'il s'agissait d'une partie du prêt hypothécaire utilisée au bénéfice de Stonehouse, soit une contrepartie de l'hypothèque qui par ailleurs aurait été nulle.

Irving Oil Company Limited détient deux jugements contre Stonehouse pour des montants de $9,685.38 et $905.76, et, comme Stonehouse, elle soutient que les circonstances dans lesquelles l'hypothèque a été consentie la rendent totalement inexécutoire puisqu'elle viole les dispositions dudit par. 96(5).

On a prétendu, au départ, que l'hypothèque en question était invalide parce qu'elle avait été consentie suite à une résolution des administrateurs de Stonehouse sans approbation par résolution spéciale de la compagnie, contrairement au par. 88(2) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse qui prévoit:

[TRADUCTION] 88. (2) Le pouvoir de consentir des hypothèques sur ses biens meubles et immeubles, et le

secured by mortgage or otherwise, shall not be exercised except with the sanction of a special resolution of the company previously given in general meeting.

As will hereafter appear, I have concluded after a consideration of all the facts of this case as disclosed in the judgments of the courts below, that the mortgagee has failed to prove that any of the proceeds of the mortgage here in question were advanced to the mortgagor, and as it follows from this conclusion that the mortgagee was for this reason alone unable to enforce the mortgage, I find it unnecessary to deal with the allegation concerning s. 88(2) of the *Companies Act*.

The contention that the mortgage was unenforceable as having been given in violation of s. 96(5) of the *Companies Act* involves a consideration of all the facts surrounding the transaction. Section 96(5) provides as follows:

Subject to this section, it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of *or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company.* (The italics are my own.)

Both the trial judge and the Appeal Division have made a meticulous and detailed review of all aspects of the arrangement made between the various parties for the granting of the mortage and for my part I am satisfied to adopt the tabulated summary contained in the reasons for judgment rendered by Mr. Justice Macdonald on behalf of the Appeal Division which are now conveniently reported in 28 N.S.R. 2d., p. 120 from which I abstract the following:

(1) Stone-House is a body corporate incorporated in 1960. Five hundred shares were issued, of which four hundred and ninety-five were held and owned by McCusker Brown.

(2) In 1968 McCusker Brown listed his shares for sale through Pat King Limited, real estate agents. The listing price was $315,000.

(3) George Brunt and Ralph Hayter apparently owned a company called R.G.R. Limited.

pouvoir d'émettre des obligations garanties par hypothèque ou autrement, ne doivent pas être exercés sans l'approbation préalable donnée par résolution spéciale de la compagnie adoptée à une assemblée générale.

Comme il appert ci-dessous, je conclus, après un examen de tous les faits de l'espèce qui se dégagent des décisions des cours d'instance inférieure, que le créancier hypothécaire n'a pas réussi à établir que quelque partie du produit de l'hypothèque en cause a été versée au débiteur hypothécaire. Puisqu'il découle de cette conclusion que ce seul motif suffit pour empêcher le créancier hypothécaire de faire exécuter l'hypothèque, j'estime inutile d'examiner l'allégation relative au par. 88(2) de la *Companies Act*.

La prétention que l'hypothèque ne peut être exécutée parce qu'elle a été consentie en violation du par. 96(5) de la *Companies Act* exige un examen de tous les faits qui ont entouré l'opération. Voici le texte du par. 96(5):

[TRADUCTION] Sous réserve du présent article, une compagnie ne peut légalement donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins *ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit.* (J'ai mis des mots en italique.)

Le juge de première instance et la Division d'appel ont fait un examen détaillé et minutieux de tous les aspects de l'entente conclue par les diverses parties relativement à l'hypothèque. Pour ma part, je suis prêt à adopter le tableau synoptique contenu dans les motifs de jugement exposés par le juge Macdonald au nom de la Division d'appel, qui sont maintenant publiés à 28 N.S.R. 2d., à la p. 120, dont je dégage ce qui suit:

(1) Stonehouse est une personne morale constituée en 1960. Cinq cents actions ont été émises, dont quatre cent quatre-vingt-quinze appartenaient à McCusker Brown.

(2) En 1968 McCusker Brown a mis ses actions en vente auprès de Pat King Limited, un courtier en immeuble. Le prix à la cote était de $315,000.

(3) George Brunt et Ralph Hayter étaient apparemment propriétaires d'une compagnie appe-

> They, together with Martin Finnemore became interested in purchasing Stone-House. On October 22, 1968 R.G.R. Limited made an offer to Stone-House to purchase 'the property known as Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.'

This offer was not accepted, but the final agreement is described on page 126 of the Report as follows:

> (7) On December 5, 1968 a third and final agreement of purchase and sale was executed. The purchasers were Ralph Hayter, George Brunt and Martin L. Finnemore. The vendor was McCusker Brown. The property being purchased was described as 'all the shares in the capital stock of Stone-House Motel and Restaurant Limited'. The purchase price was $315,000. The agreement contained a provision whereby McCusker Brown was to take back a second mortgage for $50,000.00. Mr. Brown would not agree to this and by counter-offer provided for its deletion. The purchasers agreed. The December 5th agreement as modified by the counter-offer dated the same day became the operating agreement under which the sale of the shares took place. The agreement provided for a deposit of $15,750.00 with the balance payable as follows:
>
> (1) Purchaser to arrange a first mortgage for not less than $225,000.00 with a recognized lending institution on the assets of Stone-House Motel and Restaurant Limited and pay proceeds to the Vendor. In the event the Purchasers are unable to obtain said mortgage, this agreement is to be null and void and the deposit returned.
>
> . . .
>
> (3) The Balance of $74,250.00 on the date of transfer.
>
> THIS AGREEMENT is subject to the Purchasers verifying clear title to the assets of Stone-House Motel and Restaurant Limited as follows: (a) 42-unit Motel, (b) Restaurant and the stone house occupied by the Vendor, (c) all equipment and furnishings owned by said company to date EXCEPTING the Vendor's personal effects, furnishings and office equipment located in the Vendor's house. The Vendor shall be entitled to all cash receipts to date of transfer and make remittance to Dept. of National Revenue for income tax to date of transfer.

> lée R.G.R. Limited. Ils étaient intéressés à acheter Stonehouse avec Martin Finnemore. Le 22 octobre 1968, R.G.R. Limited a fait une offre Stonehouse pour acheter «la propriété connue sous le nom de Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.»

Cette offre a été refusée, mais l'entente finale est décrite comme suit à la p. 126 du recueil:

> [TRADUCTION] (7) Le 5 décembre 1968, une troisième et dernière promesse de vente a été signée. Les acheteurs étaient Ralph Hayter, George Brunt et Martin L. Finnemore. Le promettant vendeur était McCusker Brown. L'objet de l'achat était décrit comme «toutes les actions du capital-actions de Stonehouse Motel and Restaurant Limited». Le prix était de $315,000. La promesse de vente contenait une disposition en vertu de laquelle McCusker Brown devait accepter une deuxième hypothèque de $50,000. M. Brown ne voulait pas accepter cette condition et par contre-offre, il en a demandé la suppression. Les acheteurs ont accepté. La promesse de vente du 5 décembre, modifiée par la contre-offre en date du même jour, est devenue l'entente exécutoire en vertu de laquelle la vente des actions a été effectuée. Elle prévoyait un acompte de $15,750 et le solde était payable comme suit:
>
> (1) L'acheteur doit négocier une première hypothèque d'au moins $225,000 auprès d'une institution de prêt reconnue sur l'actif de Stonehouse Motel and Restaurant Limited et en verser le produit au vendeur. Si les acheteurs sont incapables d'obtenir ladite hypothèque, la présente promesse de vente sera nulle et non avenue et l'acompte sera retourné.
>
> . . .
>
> (3) Le solde de $74,250, le jour du transfert.
>
> LA PRÉSENTE PROMESSE DE VENTE est assujettie à la condition que les acheteurs puissent constater que Stonehouse Motel and Restaurant Limited détient un titre incontestable sur son actif composé de: a) un motel de 42 chambres, b) le restaurant et la maison de pierre occupés par le promettant vendeur, c) tout l'équipement et les meubles appartenant ce jour à ladite compagnie, SAUF les effets personnels du promettant vendeur, les meubles et les accessoires de bureau se trouvant dans la maison du promettant vendeur. Ce dernier aura droit à toutes les recettes de caisse jusqu'à la date du transfert et devra faire les versements au ministère du Revenu national aux fins de l'impôt sur le revenu jusqu'à la date du transfert.

(8) Mr. Franklin W. Gordon, barrister, was appointed by the trust company to act on its behalf. He also was the solicitor for Messrs. Hayter, Brunt and Finnemore.

(9) The purchase price of Three Hundred and Fifteen Thousand Dollars ($315,000.00) for the shares of Stone-House was made up as follows:

Down Payment	$ 15,000.00
Proceeds from the Nova Scotia Trust Company mortgage	225,000.00
Proceeds from a second mortgage taken by United Dominion Investments	25,000.00
Loans obtained by Messrs. Hayter, Brunt and Finnemore	50,000.00

Mr. Gordon marshalled $300,000.00 made up of the last three above items. He then attended at the closing of the transaction at the office of Mr. Grant of the law firm of Patterson, Smith, Matthews and Grant in Truro. At the closing Mr. Gordon gave Mr. Grant a cheque for $300,000.00, payable to Patterson, Smith, Matthews and Grant. Mr. Grant was the solicitor for Mr. Brown and counsel for Central and Eastern contends that he also at that time was acting for Stone-House. In addition to the two lawyers the closing was attended by McCusker Brown, Messrs. Hayter, Brunt and Finnemore and a representative from Pat King Limited. On the day of the closing all the shares of Stone-House were transferred to Messrs. Hayter, Brunt and Finnemore. Mr. Finnemore was appointed president, Mr. Hayter the vice-president and Mr. Brunt the secretary. These three were also appointed the directors of the company. The real and personal property mortgages to the Nova Scotia Trust Company were executed by Finnemore as president and Brunt as secretary. No special resolution was passed at the time the monies were borrowed and paid over to support the Nova Scotia Trust Company mortgage as required by s. 88 of the *Companies Act*.

Based on the facts outlined above, I would have thought it to be beyond question that the $225,000 advanced by way of mortgage was designed by all concerned for the purpose of, or in any event *in connection with*, the purchase of Brown's shares in the company by Hayter, Brunt and Finnemore, but the trial judge expressed a different view saying that:

It can be seen from a careful reading of the section that what is made unlawful is the act of the company. It is unlawful for a company to lend money, sign a guarantee or give security amounting to financial assistance in connection with purchase of shares in the company

(8) Me Franklin W. Gordon, avocat, a été nommé par la compagnie de fiducie pour agir en son nom. Il représentait également MM. Hayter, Brunt et Finnemore.

(9) Le prix d'achat de trois cent quinze mille dollars ($315,000), pour les actions de Stonehouse se répartit comme suit:

Mise de fonds	$ 15,000
Montant de l'hypothèque de Nova Scotia Trust Company	225,000
Montant d'une deuxième hypothèque obtenue auprès de United Dominion Investments	25,000
Prêts obtenus par MM. Hayter, Brunt et Finnemore	50,000

Me Gordon a réuni les $300,000 que représentent les trois derniers postes susmentionnés. Il était présent à la signature du contrat au bureau de Me Grant de l'étude Patterson, Smith, Matthews et Grant à Truro. A la signature, Me Gordon a donné à Me Grant un chèque de $300,000 payable à Patterson, Smith, Matthews et Grant. Me Grant qui était le procureur de M. Brown et l'avocat de Central and Eastern prétend qu'il représentait également Stonehouse à l'époque. En plus des deux avocats, M. McCusker Brown, MM. Hayter, Brunt et Finnemore et un représentant de Pat King Limited étaient également présents à la signature. Le jour de la signature toutes les actions de Stonehouse ont été transférées à MM. Hayter, Brunt et Finnemore. M. Finnemore a été nommé président, M. Hayter, vice-président et M. Brunt, secrétaire. Tous trois ont également été nommés administrateurs de la compagnie. Les hypothèques immobilières et mobilières consenties à Nova Scotia Trust Company ont été signées par Finnemore à titre de président et Brunt à titre de secrétaire. Aucune résolution spéciale requise par l'art. 88 de la *Companies Act* n'a été adoptée au moment de l'emprunt et du paiement pour autoriser l'hypothèque de Nova Trust Company.

Compte tenu de ces faits, j'aurais pensé qu'il était incontestable que, pour toutes les parties en cause, le prêt hypothécaire de $225,000 devait servir à Hayter, à Brunt et à Finnemore aux fins ou, en tout état de cause, *à l'égard de* l'achat des actions de la compagnie appartenant à Brown, mais le juge de première instance a exprimé une opinion différente que voici:

[TRADUCTION] Une lecture attentive de l'article permet de constater que c'est l'action de la compagnie qui est illégale. Il est illégal pour une compagnie de prêter de l'argent, de signer une garantie ou de donner un nantissement équivalant à une aide financière à l'égard d'un

made by any person. I do not believe that when Stone-House Motel and Restaurant Limited signed a mortgage in favour of the Nova Scotia Trust Company it was doing more than providing security for a present advance of $225,000 made by the Nova Scotia Trust Company to the mortgagor. It was not providing security for monies owing on the purchase of shares, nor was Stone-House Motel and Restaurant Limited providing a loan, guarantee or financial assistance to any person for the purpose of purchasing shares of the company. It was providing security upon the assets of the company for money being advanced to the company which would be used in the manner in which the company determined.

I have the greatest difficulty in adopting this view of the matter. The facts which I have quoted from the reasons for judgment of the Appeal Division make it appear to me that it was understood from the outset by McCusker Brown, Stone-House, the trust company and the three new shareholders that the monies advanced by way of mortgage were to be used to afford financial assistance in connection with the purchase of shares of Stone-House from Brown, a transaction which it seems to me would be in direct violation of the terms of s. 96(5). Furthermore, the observation made by the trial judge that Stone-House "was providing security upon the assets of the company for money being advanced to the company which would be used in the manner in which the company determined", cannot be reconciled with the account of the transaction described by the Appeal Division in the following passages from the reasons for judgment of Mr. Justice Macdonald at p. 148:

It is clear beyond doubt that the $225,000.00 loan from the Nova Scotia Trust Company was part of the purchase price of the shares. Counsel for Central and Eastern contends that the mortgage company is not required to look into the disposition of funds it advances to determine if such are used for an illegal purpose or one prohibited by statute. Accepting this proposition to be a correct statement of the law the situation here, and as found by the trial judge, was that Nova Scotia Trust Company knew at and prior to the time it advanced the $225,000.00 that such was to be used for the purchase of issued company shares.

From the evidence, particularly that of Mr. Cameron, and the agreement of December 5, 1968, I am of the opinion that the $315,000.00 being the purchase price of the shares never directly reached the coffers of Stone-House. The vendor under the agreement was Mr. Brown

achat d'actions de la compagnie par qui que ce soit. Je ne crois pas que lorsque Stonehouse Motel and Restaurant Limited a signé une hypothèque en faveur de Nova Scotia Trust Company, elle faisait plus que garantir pour un prêt réel de $225,000 consenti par Nova Scotia Trust Company au débiteur hypothécaire. Elle n'accordait pas une garantie pour une somme due sur l'achat d'actions, et Stonehouse Motel and Restaurant Limited n'accordait pas un prêt, une garantie ou une aide financière à qui que ce soit, aux fins d'un achat d'actions de la compagnie. Elle garantissait sur l'actif de la compagnie un prêt à la compagnie qui en déterminait l'utilisation.

J'ai la plus grande difficulté à accepter ce point de vue. Les faits que j'ai extraits des motifs de jugement de la Division d'appel me montrent clairement que McCusker Brown, Stonehouse, la compagnie de fiducie et les trois nouveaux actionnaires ont convenu dès le départ que le prêt hypothécaire devait servir à fournir une aide financière à l'égard de l'achat des actions de Stonehouse appartenant à Brown, une opération qui, me semble-t-il, est en violation directe du par. 96(5). De plus, la remarque du juge de première instance que Stonehouse «garantissait sur l'actif de la compagnie un prêt à la compagnie qui en déterminait l'utilisation», est irréconciliable avec le résumé de l'opération que fait la Division d'appel dans les extraits suivants des motifs du juge Macdonald à la p. 148:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que le prêt de $225,000 de Nova Scotia Trust Company représente une partie du prix d'achat des actions. L'avocat de Central and Eastern prétend que la compagnie de prêt hypothécaire n'a pas l'obligation de s'assurer que les fonds qu'elle prête ne serviront pas à une fin illégale ou interdite par la loi. Si l'on accepte cette proposition comme un énoncé exact du droit, le juge de première instance a conclu en l'espèce que Nova Scotia Trust Company savait au moment où elle a prêté les $225,000, et même avant, que cette somme devait servir à l'achat d'actions émises d'une compagnie.

Compte tenu des témoignages, particulièrement celui de M. Cameron, et de la promesse de vente du 5 décembre 1968, je suis d'avis que les $315,000, soit le prix d'achat des actions, ne sont jamais directement parvenus dans les coffres de Stonehouse. En vertu de la

and he it was who was entitled to receive and did receive the purchase monies. To my mind it is clear the Stone-House by giving a mortgage to the Nova Scotia Trust Company did, in the words of s. 96(5) of the *Companies Act* give financial assistance to the purchasers of the shares by means of the provision of security. It is obvious that without such security being given the purchase and sale of the shares would not have taken place.

This language indicates on its face that the $225,000 advance on the mortgage is to be paid to the vendor (Brown) and that the security was not given on the assets of the company for money being advanced to the company. The close analysis of the circumstances surrounding the acquisition of these shares made both at trial and on appeal does not in my opinion disclose that any money was actually paid to the company from the proceeds of the mortgage.

Mr. Justice Macdonald, however, proceeds to consider the question of whether the mortgage monies can be treated as having been partially applied for the company's benefit and therefore that to this extent the mortgage is enforceable. His reasoning in this regard is also to be found at p. 148 of the report where it is said:

As mentioned, Stone-House had liabilities totalling $109,722.31 at the time Mr. Brown sold his shares. *From the purchase price received he extinguished these liabilities* in accordance with his undertaking which *probably* was known to the trust company. It is impossible to determine what particular block of money (if any) that was obtained to make up the $315,000.00 was used specifically to pay off the company's liabilities of $109,722.31. Consequently *it can only be assumed* that such was not allocated to any particular funds. The monies advanced by the Nova Scotia Trust Company represented approximately 71.5 percent of the total purchase price of $315,000.00 and I would make the further assumption that 71.5 percent of the $109,722.31 was paid off out of the funds advanced by the trust company. Rounding the liability figure to $110,000.00 this would amount to $78,650.00. (Italics are my own.)

In my view, the undertaking governing the use of the monies received by Brown as vendor of the shares could not be implemented until after the mortgage transaction had been completed and the monies had been paid by the trust company to the purchasers and by them in turn to Mr. Brown.

promesse de vente, M. Brown était le vendeur et c'était lui qui avait droit de recevoir et qui a reçu le prix de vente. A mon avis, il est clair qu'en consentant une hypothèque à Nova Scotia Trust Company, Stonehouse a donné une aide financière aux acheteurs des actions au moyen d'une garantie, au sens du par. 96(5) de la *Companies Act*. Il est évident que sans cette garantie l'achat et la vente des actions n'auraient pas eu lieu.

Ces extraits indiquent manifestement que le montant du prêt hypothécaire de $225,000 devait être versé au vendeur (Brown) et que la garantie n'a pas été donnée sur l'actif de la compagnie pour un prêt à la compagnie. Une analyse minutieuse des circonstances entourant l'acquisition de ces actions, tant en première instance qu'en appel, ne révèle pas, à mon avis, qu'une somme quelconque a réellement été versée à la compagnie à même le produit de l'hypothèque.

Le juge Macdonald a cependant examiné la question de savoir si l'on peut considérer que le prêt hypothécaire a été partiellement versé au bénéfice de la compagnie et si, dans cette mesure, l'hypothèque est exécutoire. Le raisonnement qu'il suit à cet égard se trouve également à la p. 148 du recueil:

[TRADUCTION] Comme on l'a mentionné, Stonehouse avait des dettes s'élevant à $109,722.31 au moment où M. Brown a vendu ses actions. *A même le prix d'achat reçu, il a payé ces dettes* conformément à son engagement dont la compagnie de fiducie connaissait *probablement* l'existence. Il est impossible d'identifier quelle partie des fonds (le cas échéant) rassemblés pour former les $315,000 a servi spécifiquement au paiement des dettes de la compagnie s'élevant à $109,722.31. Par conséquent, *on peut seulement présumer* qu'il n'y a pas eu de répartition particulière. L'argent avancé par Nova Scotia Trust Company représente environ 71.5 p. cent du prix d'achat total de $315,000 et je présume donc aussi que 71.5 p. cent des $109,722.31 ont été payés à même les fonds avancés par la compagnie de fiducie. Si l'on arrondit à $110,000 le montant des dettes, ceci représente un montant de $78,650. (J'ai mis des mots en italique.)

A mon avis, l'engagement relatif à l'utilisation de l'argent reçu par M. Brown comme vendeur des actions ne pouvait être exécuté avant que l'opération hypothécaire ait été complétée et que la compagnie de fiducie ait versé l'argent aux acheteurs et ceux-ci à leur tour à M. Brown. La question ici

What we are concerned with here is the validity of the mortgage transaction, and the use made by Mr. Brown of the purchase monies paid for his shares appears to me to be an entirely separate issue. The stigma of illegality attaching to a security given by a company in connection with the purchase of its shares is not erased by the fact that a portion of the purchase price was employed by the vendor in reduction of the company's liabilities.

As Mr. Justice Macdonald himself has noted, he is of opinion that the $225,000 advance by way of mortgage formed a part of the $315,000 being the purchase price of the shares and that none of these monies ever directly reached the coffers of Stonehouse and that it was Mr. Brown who was entitled to receive and did receive all the purchase monies. In my view the fact that Mr. Brown utilized a part of those purchase monies in satisfaction of the Stonehouse outstanding liabilities cannot alter the underlying fact that the mortgage was given to provide financial assistance in connection with the purchase of shares.

It will be seen that in the view which I take of the facts of this case, it is an inescapable conclusion that the mortgage in question was void as being contrary to s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, and I am satisfied that all parties concerned were familiar with the details of the transaction.

For all these reasons I would dismiss the appeal of Central and Eastern Trust Company, allow the cross-appeal of Irving Oil Limited and direct that the real property and chattel mortgages granted by Stonehouse to the trust company dated December 31, 1968, be declared void and unenforceable and be set aside as being contrary to s. 96(5) of the *Companies Act* of Nova Scotia.

Irving Oil Limited, the cross-appellant, is entitled to its costs throughout, including the costs of the cross-appeal, from the appellant, Central.

As it did not participate in this appeal, there will be no costs for or against Stonehouse.

est celle de la validité de l'opération hypothécaire et, à mon avis, l'utilisation que M. Brown a faite du prix d'achat versé pour ses actions est une question tout à fait distincte. Le stigmate d'illégalité lié à une garantie que donne une compagnie à l'égard de l'achat de ses actions, ne disparaît pas du fait que le vendeur a utilisé une partie du prix d'achat pour réduire les dettes de la compagnie.

Le juge Macdonald lui-même est d'avis, comme il l'a souligné, que le prêt hypothécaire de $225,000 représentait une partie des $315,000, soit le prix d'achat des actions, et qu'aucune partie de ce montant n'est jamais parvenue dans les coffres de Stonehouse et que c'était M. Brown qui avait droit de recevoir et qui a reçu tout le prix d'achat. A mon avis, le fait que M. Brown a utilisé une partie du prix d'achat pour payer les dettes de Stonehouse ne peut modifier le fait fondamental que l'hypothèque a été consentie pour fournir une aide financière à l'égard de l'achat d'actions.

Compte tenu de mon opinion sur les faits de l'espèce, il faut inévitablement conclure que l'hypothèque en question est nulle parce que contraire au par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Ecosse et je suis convaincu que toutes les parties intéressées connaissaient bien les détails de l'opération.

Pour tous ces motifs je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Central and Eastern Trust Company, d'accueillir l'appel incident d'Irving Oil Limited et d'ordonner que les hypothèques immobilières et mobilières consenties par Stonehouse à la compagnie de fiducie en date du 31 décembre 1968 soient déclarées nulles et inexécutoires et qu'elles soient annulées parce qu'elles sont contraires au par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Ecosse.

Irving Oil Limited, la contre-appelante, a droit à ses dépens dans toutes les cours contre l'appelante Central, y compris les dépens de l'appel incident.

Il n'y a aucune adjudication de dépens en faveur de Stonehouse ni contre elle puisqu'elle n'a pas participé à ce pourvoi.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: R. A. Cluney, Halifax.

Solicitor for the respondent Irving Oil Limited: D. A. Caldwell, Truro, Nova Scotia.

Pourvoi rejeté et pourvoi incident accordé avec dépens.

Procureur de l'appelante: R. A. Cluney, Halifax.

Procureur de l'intimée Irving Oil Limited: D. A. Caldwell, Truro, Nouvelle-Écosse.

Gulf Oil Corporation *Applicant*;

and

Gulf Canada Limited, Gulf Minerals Canada Limited, R. Neil Taylor and C. D. Shepard *Respondents.*

1980: February 19, 20; 1980: March 18.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Beetz and McIntyre JJ.

APPLICATION TO ENFORCE LETTERS ROGATORY

Courts — Original application to enforce letters rogatory — Whether Uranium Information Security Regulations, 1976 ultra vires — Public policy — Court's discretion — Consideration of comity — Crown privilege — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 43 — Uranium Information Security Regulations, C.R.C., c. 366 — Atomic Energy Control Act, R.S.C. 1970, c. A-19, s. 9 — Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8 — Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 41.

An application, addressed to an unusual original jurisdiction of the Court, was made under s. 43 of the *Canada Evidence Act* to enforce letters rogatory issued by two courts of the United States to compel production, at trial, of documents in Canada in the possession or under the control of Gulf Canada and Gulf Minerals, two of the respondents which are Canadian subsidiaries of the applicant. The respondents agreed that the documents were necessary to establish their defence to the claims made in the two United States actions, but, because of the *Uranium Information Security Regulations*, were unwilling to violate the prohibition against disclosure prescribed by the Regulations or to risk the penalties prescribed for breach. Were it not for the Regulations, they were prepared to make disclosure and thus to assist the applicant, their parent company, in the two actions. The applicant thereupon applied for the letters rogatory which it now seeks to have enforced by this Court.

Held: The application should be dismissed.

1) Although the argument of the Attorney General of Canada that an application under s. 43 of the *Canada Evidence Act* should be made to a superior court in a

Gulf Oil Corporation *Requérante*;

et

Gulf Canada Limitée, Minéraux Gulf du Canada Limitée, R. Neil Taylor et C. D. Shepard *Intimés.*

1980: 19, 20 février; 1980: 18 mars.

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

REQUÊTE EN EXÉCUTION DE COMMISSIONS ROGATOIRES

Tribunaux — Requête en première instance pour faire exécuter des commissions rogatoires — Le Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium de 1976 est-il illégal? — Politique d'intérêt général — Pouvoir discrétionnaire de la Cour — Considération de courtoisie — Privilège de la Couronne — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43 — Règlement sur la sécurité de l'information relative à l'uranium, C.R.C., chap. 366 — Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, S.R.C. 1970, chap. A-19, art. 9 — Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.), art. 41.

La requête, adressée à cette Cour vu sa juridiction exceptionnelle en première instance, est fondée sur l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* et vise à faire exécuter des commissions rogatoires délivrées par deux Cours de District des États-Unis pour forcer la production, au procès, de documents qui se trouvent au Canada en la possession ou sous la garde de Gulf Canada et de Minéraux Gulf, deux des intimés qui sont les filiales canadiennes de la requérante. Les intimées conviennent que les documents leur sont nécessaires pour établir leur défense aux réclamations faites dans les deux actions aux États-Unis, mais à cause du *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium*, elles ne veulent pas violer l'interdiction relative à la communication prévue par le Règlement ou risquer les pénalités prévues en cas de violation. N'eût été le Règlement, elles étaient disposées à communiquer les documents et à venir ainsi en aide à la requérante, leur compagnie mère, dans les deux actions. Sur ce, la requérante a demandé les commissions rogatoires qu'elle cherche maintenant à faire exécuter par cette Cour.

Arrêt: La requête est rejetée.

1) Même si les arguments du procureur général du Canada qu'une requête fondée sur l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* devrait d'abord être présentée à

province in the first instance was cogent, the Court, because the merits as to enforcement of the letters rogatory were fully argued, should exercise jurisdiction; 2) the drafting lapses or changes between the various versions of the Regulations do not make any substantial difference to their effect, especially in the light of s. 8(2) of the *Official Languages Act*; 3) the Regulations do not find support for their validity in subparas. 5 (*d*) and (*e*) of s. 9 of the *Atomic Energy Act*; they could find support in subpara. (*f*) but the question need not be decided in the present case; 4) if the Regulations were validly enacted, the application must fail because the Minister of Energy, Mines and Resources has refused consent to disclosure and because this is not a case where an order for disclosure should be made, assuming that such an order would come within the exception for disclosure under the words "by or under a law of Canada"; 5) if they were not validly enacted, nevertheless it would be a wrongful exercise of discretion for this Court to ignore federal government policy by enforcing the letters rogatory. Public policy is invoked here and not Crown privilege; and it is not for a court, when called upon to consider whether it should enforce letters rogatory, to take issue with the Government's determination of public policy or to measure its impact. Further, there is no support for applicant's contention that public policy considerations should not be recognized in respect of trading or commercial activities of the government.

Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse, [1978] 1 All E.R. 434; *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light* Co. (1977), 16 O.R. (2d) 273; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Ohio v. Wyandotte Chemical Corp.* (1971), 401 U.S. 493; *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700, referred to.

APPLICATION pursuant to s. 43 of the *Canada Evidence Act*, concerning the enforcement of letters rogatory issued out of the United States. Application dismissed.

R. A. Smith, Q.C., and *D. E. Wires*, for the applicant.

R. M. Loudon, Q.C., for the respondents Gulf Canada Ltd. and Gulf Minerals Canada Ltd.

R. J. Morris, for the respondent R. Neil Taylor.

une cour supérieure de province, sont convaincants, la Cour estime que puisque des plaidoiries au fond ont été faites sur la question de l'exécution des commissions rogatoires, elle devrait exercer sa juridiction; 2) les erreurs ou modifications dans les différentes versions du Règlement n'en changent pas l'effet de façon importante, particulièrement si l'on se reporte au par. 8(2) de la *Loi sur les langues officielles*; 3) la validité du Règlement ne trouve pas d'appui dans les al. *d*) et *e*) de l'art. 9 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*. Il pourrait s'appuyer sur l'al. *g*), mais la question n'a pas besoin d'être tranchée en l'espèce; 4) si le Règlement a été validement édicté, la requête doit échouer parce que le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources a refusé de consentir à la communication et parce qu'il ne s'agit pas d'un cas où un ordre de communication devrait être rendu, si l'on présume que pareil ordre relèverait de l'exception au secret prévue par les mots «une loi du Canada»; 5) s'il n'a pas été validement édicté, cette Cour ferait un exercice abusif de son pouvoir discrétionnaire en faisant exécuter les commissions rogatoires, sans tenir compte de la politique du gouvernement fédéral. La politique d'intérêt général est invoquée ici et non le privilège de la Couronne, et lorsqu'une cour doit décider si elle doit faire exécuter des commissions rogatoires, il ne lui appartient pas de mettre en question la détermination de la politique d'intérêt général du gouvernement ni d'en mesurer la portée. De plus, rien n'appuie la prétention de la requérante qu'on ne devrait pas reconnaître les considérations de politique d'intérêt général relativement aux activités commerciales du gouvernement.

Jurisprudence: *Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse*, [1978] 1 All E.R. 434; *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co.* (1977), 16 O.R. (2d) 273; *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba* (1977), 77 D.L.R. (3d) 445; *Ohio v. Wyandotte Chemical Corp.* (1971), 401 U.S. 493; *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700.

REQUÊTE conformément à l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada*, relative à l'exécution de commissions rogatoires délivrées par les États-Unis. Requête rejetée.

R. A. Smith, c.r., et *D. E. Wires*, pour la requérante.

R. M. Loudon, c.r., pour les intimées Gulf Canada Ltée et Minéraux Gulf du Canada Ltée.

R. J. Morris, pour l'intimé R. Neil Taylor.

M. Mungovan, for the respondent C. D. Shepard.

T. B. Smith, Q.C., and *Lawson Hunter*, for the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is an application, addressed to an unusual original jurisdiction of this Court, to enforce letters rogatory issued (1), out of the United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, by His Honour Judge Marshall of that Court, and (2) out of the United States District Court for the Southern District of California by His Honour Judge Enright of that Court. The letters rogatory were issued, respectively, on December 26, 1979 and on January 2, 1980 and were supplemented on February 12, 1980 and on February 14, 1980 to make it clear that the documents whose production was sought were not to be used for purposes of discovery or of deposition but only for purposes of trial in pending actions whose origin and course I will refer to later in these reasons.

The application is founded on s. 43 of Part II of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. Section 41 of the Act defines "court" to mean the Supreme Court of Canada and any superior court in any province of Canada; and "judge" is defined to mean any judge of the Supreme Court of Canada and any judge of any superior court in any province of Canada. Section 43 reads as follows:

43. Where, upon an application for that purpose, it is made to appear to any court or judge, that any court or tribunal of competent jurisdiction, in the Commonwealth and Dependent Territories, or in any foreign country, before which any civil, commercial or criminal matter is pending, is desirous of obtaining the testimony in relation to such matter, of a party or witness within the jurisdiction of such first mentioned court, or of the court to which such judge belongs, or of such judge, the court or judge may, in its or his discretion, order the examination upon oath upon interrogatories, or otherwise, before any person or persons named in the order, of such party or witness accordingly, and by the same or any subsequent order may command the attendance of such party or witness for the purpose of being examined,

M. Mungovan, pour l'intimé C. D. Shepard.

T. B. Smith, c.r., et *Lawson Hunter*, pour le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Cette requête, adressée à cette Cour vu sa juridiction exceptionnelle de première instance à cet égard, vise à faire exécuter des commissions rogatoires délivrées (1) par M. le juge Marshall de la Cour de District des États-Unis pour le district nord de la Division de l'est de l'Illinois, et (2) par M. le juge Enright de la Cour de District des États-Unis pour le district sud de la Californie. Les commissions rogatoires ont été délivrées respectivement les 26 décembre 1979 et 2 janvier 1980 et complétées les 12 et 14 février 1980, pour qu'il soit bien clair que les documents dont on cherche à obtenir la production ne devaient pas être utilisés aux fins d'interrogatoire préalable ou de témoignage, mais seulement aux fins de l'instruction d'actions pendantes dont l'origine et le cheminement seront exposés plus loin.

La requête est fondée sur l'art. 43 de la Partie II de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. L'article 41 de la Loi définit «cour» comme signifiant la Cour suprême du Canada et toute cour supérieure dans une province du Canada; et «juge» comme signifiant un juge de la Cour suprême du Canada et un juge d'une cour supérieure dans toute province du Canada. Voici le texte de l'art. 43:

43. Lorsque, sur requête à cette fin, il est prouvé à une cour ou à un juge qu'un tribunal compétent de tout autre pays du Commonwealth et territoires sous dépendance ou d'un pays étranger, devant lequel est pendante une affaire civile, commerciale ou criminelle, désire avoir, dans cette affaire, le témoignage de quelque partie ou témoin qui est dans le ressort de la cour en premier lieu mentionnée, ou de la cour à laquelle appartient le juge susdit, ou de ce juge, cette cour ou ce juge peut, à discrétion, ordonner en conséquence que la partie ou le témoin soit interrogé sous serment, par questions écrites ou autrement, devant toute personne ou personnes dénommées audit ordre, et peut assigner, par le même ordre ou par un ordre subséquent, cette partie ou ce témoin à comparaître pour rendre témoignage, et lui

and for the production of any writings or other documents mentioned in the order, and of any other writings or documents relating to the matter in question that are in the possession or power of such party or witness.

The background to the pending actions (hereinafter referred to as the Chicago and California actions) in the two United States District Courts out of which the letters rogatory issued may be briefly stated. Canada, with federal government encouragement, had begun to develop a uranium industry in the 1950's, having access to the United States and United Kingdom markets. Until an embargo was put on foreign uranium by the United States in 1964, it had consumed about 70 per cent of the free world demand for uranium. The embargo left only 30 per cent of the free-world market available to Canadian and other non-United States producers of uranium. After stockpiling uranium and instituting other programmes to assist the uranium industry in Canada, the federal government and representatives of private uranium producers entered into negotiations in 1972 with the governments of France, South Africa and Australia, with certain producers in those countries and with the United Kingdom to establish a marketing arrangement of which a central feature would be the maintenance of minimum prices for the export of uranium to countries other than to members of this cartel arrangement and to the United States. By 1975, uranium prices had risen above the fixed minimum prices and on March 27, 1975 federal government directions in this respect ended. Moreover, the United States announced a relaxation of restrictions on the importation of foreign uranium.

Prior to 1975 Westinghouse Electric Corporation, a Pennsylvania company, which sells, *inter alia*, nuclear reactors to public utility companies, had contracted with those companies to supply uranium for the reactors at prices ranging from $6 to $10 per pound. However, it did not make any arrangements for supplies of uranium to fulfil its contracts, and by 1975 the spot price for uranium escalated to $25 per pound and rose recently to $40 per pound. In September 1975, Westinghouse repudiated its supply contracts, claiming to be

enjoindre de produire tous écrits ou documents mentionnés dans l'ordre, et tous autres écrits ou documents relatifs à l'affaire dont il s'agit et qui sont en la possession ou sous le contrôle de la partie ou du témoin.

L'historique des actions pendantes (ci-après appelées les actions de Chicago et de Californie) dans les deux Cours de District des États-Unis qui ont délivré les commissions rogatoires, peut être fait brièvement. Ayant accès aux marchés des États-Unis et du Royaume-Uni, le Canada, avec l'appui du gouvernement fédéral, a commencé à développer une industrie de l'uranium dans les années 1950. Avant que les États-Unis déclarent un embargo sur l'uranium étranger en 1964, ils comptaient pour environ 70 pour cent de la demande du monde libre en uranium. L'embargo ne laissait que 30 pour cent du marché du monde libre aux Canadiens et aux autres producteurs non américains d'uranium. Après avoir fait des réserves d'uranium et institué d'autres programmes pour venir en aide à l'industrie de l'uranium au Canada, le gouvernement fédéral et des représentants de producteurs privés d'uranium sont entrés en pourparlers, en 1972, avec les gouvernements de la France, de l'Afrique du Sud et de l'Australie, avec des producteurs de ces pays et avec le Royaume-Uni pour établir une entente de commercialisation dont une caractéristique principale serait le maintien de prix minimums de l'uranium à l'exportation vers des pays autres que les pays membres de ce cartel et les États-Unis. En 1975, l'uranium avait atteint un prix plus élevé que les prix minimums fixés et, le 27 mars 1975, les directives du gouvernement fédéral à cet égard prenaient fin. De plus, les États-Unis annonçaient l'adoucissement des restrictions sur l'importation d'uranium étranger.

Avant 1975, Westinghouse Electric Corporation, une compagnie de la Pennsylvanie qui vend, entre autres choses, des réacteurs nucléaires à des entreprises de service public, s'était engagée, par contrat, à fournir à ces dernières de l'uranium pour les réacteurs à des prix allant de $6 à $10 la livre. Cependant, elle n'a pris aucune mesure pour assurer son approvisionnement en uranium pour respecter ces contrats et, en 1975, le cours du disponible pour l'uranium a grimpé à $25 la livre; il a atteint récemment $40 la livre. En septembre

excused from performance because of supervening developments making performance commercially impracticable. A number of public utility companies in the United States thereupon sued in various courts therein to enforce their contracts with Westinghouse. The existence of the uranium cartel became known in the United States in 1976, and Westinghouse as defendant in the public utility companies' actions against it sought the issue of letters rogatory by United States Courts to the High Court of Justice in England, to the Supreme Court of New South Wales and to the Supreme Court of Ontario. The letters rogatory were issued accordingly, but enforcement in England was refused by a decision of the House of Lords (*Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse*[1]) which reversed enforcement judgments in the courts below. Australian legislation of 1976 was held to preclude enforcement of the letters rogatory addressed to the Supreme Court of New South Wales. The enforcement action in the Ontario Supreme Court also failed because of a claim of Crown privilege pursuant to s. 41(1)(2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.) and because of the prior promulgation of the *Unranium Information Security Regulations*, P.C. 1976-2368, SOR/76-674: see *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co.*[2] (Robins J.). Westinghouse appealed but later abandoned the appeal.

On October 15, 1976, Westinghouse brought the Chicago action against 29 United States and foreign producers, including the applicant Gulf Oil Corporation, an American company, and Gulf Minerals Canada Ltd., a Canadian subsidiary, which is a respondent to the application to enforce the letters rogatory. Gulf Canada Limited, also a subsidiary of Gulf Oil and a respondent here, is not a party in the Chicago action. Westinghouse has claimed unspecified treble damages for conspiracy in violation of United States anti-trust laws, estimating the damages at four to six billion

[1] [1978] 1 All E.R. 434.
[2] (1977), 16 O.R. (2d) 273.

1975, Westinghouse a dénoncé ses contrats d'approvisionnement, prétendant être libérée de leur exécution en raison d'événements qui la rendaient commercialement irréalisable. Plusieurs entreprises américaines de service public ont alors intenté des actions dans différentes cours pour faire exécuter leurs contrats avec Westinghouse. En 1976, les États-Unis ont appris l'existence du cartel de l'uranium et Westinghouse, en qualité de défenderesse aux actions intentées par les entreprises de service public, a demandé que les cours américaines adressent des commissions rogatoires à la Haute Cour de justice d'Angleterre, à la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud et la Cour suprême de l'Ontario. Les commissions rogatoires ont donc été délivrées, mais en Angleterre, un arrêt de la Chambre des lords (*Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse*[1]), qui a infirmé les jugements d'exécution accordés par les cours d'instance inférieures, a refusé de leur donner effet. La loi australienne de 1976 fut considérée comme un obstacle à l'exécution des commissions rogatoires adressées à la Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud. L'action en exécution devant la Cour suprême de l'Ontario a également échoué à cause d'une revendication de privilège de la Couronne aux termes des par. 41(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.) et de la promulgation antérieure du *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium* C.P. 1976-2368, DORS/76-674: voir *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co.*[2], (le juge Robins). Westinghouse a interjeté appel mais ensuite s'est désistée.

Le 15 octobre 1976, Westinghouse a intenté l'action de Chicago contre 29 producteurs américains et étrangers, dont la requérante Gulf Oil Corporation, une compagnie américaine, et Minéraux «Gulf du Canada Ltée., une filiale canadienne, qui est une intimée à la requête en exécution des commissions rogatoires. Gulf Canada Limitée, également filiale de Gulf Oil et intimée en l'espèce, n'est pas partie à l'action de Chicago. Westinghouse a réclamé des dommages-intérêts triples d'un montant indéterminé pour complot en violation des lois américaines antitrust, estimant

[1] [1978] 1 All E.R. 434.
[2] (1977), 16 O.R. (2d) 273.

dollars. Gulf Oil and Gulf Minerals have defended the action on several grounds, including act of state and sovereign compulsion. Moreover, Gulf Oil has counterclaimed, alleging illegal combinations and conspiracies as well as illegal monopolization by Westinghouse of the manufacture and sale of nuclear reactors and nuclear fuel and uranium. Three actions began by the Tennessee Valley Authority (TVA), in other districts and being of the same character, were consolidated by an order of July 31, 1978 with the Westinghouse proceedings and thus became part of the Chicago action. Gulf Oil and Gulf Minerals were defendants in one of the TVA actions.

The action in the District Court for the Southern District of California was instituted on April 7, 1978 by General Atomic Company (a partnership in which Gulf Oil is one of the partners with Scallop Nuclear Inc.) against Exxon Nuclear, Inc., seeking to enforce a contract of May 11, 1973 for the sale and delivery of six million pounds of uranium over a specified period from 1979 through to 1984, and also alleging a breach of anti-trust laws by Exxon. The latter defended on the ground that the contract was invalid because of anti-trust violations, fraud and negligent misrepresentations. Exxon also brought a counterclaim, raising the same issues as those in defence and claiming treble damages. General Atomic Company, Gulf Oil and Scallop were named counterclaim defendants and they raised defences, including act of state and sovereign compulsion.

The Letters Rogatory

In both the Chicago and California actions, orders were made for the production of documents in Canada in the possession or under the control of Gulf Minerals and Gulf Canada. It was the position of Gulf Oil and Gulf Minerals that the documents were relevant to issues in the respective actions and were necessary to establish their defence to the claims made in the two actions. Because of the *Uranium Information Security*

les dommages de quatre à six milliards de dollars. Gulf Oil et Minéraux Gulf ont invoqué plusieurs moyens de défense, y compris l'acte de gouvernement et le fait du prince. De plus, Gulf Oil a présenté une demande reconventionnelle, invoquant contre Westinghouse des ententes et des complots illégaux de même qu'un monopole illégal de la fabrication et de la vente de réacteurs nucléaires, de combustible nucléaire et d'uranium. Trois actions de même nature, entamées par la Tennessee Valley Authority (TVA), dans d'autres districts, ont été réunies avec les procédures de Westinghouse par une ordonnance du 31 juillet 1978 et font donc partie de l'action de Chicago. Gulf Oil et Minéraux Gulf étaient défenderesses dans l'une des actions de TVA.

L'action devant la Cour de District pour le district sud de la Californie a été intentée le 7 avril 1978 par General Atomic Company (une société dont Gulf Oil est membre ainsi que Scallop Nuclear Inc.) contre Exxon Nuclear, Inc. Elle vise à faire exécuter un contrat, daté du 11 mai 1973, pour la vente et la livraison de six millions de livres d'uranium sur une période déterminée s'échelonnant de 1979 à 1984 et allègue également la violation des lois antitrust par Exxon. En défense, cette dernière a invoqué l'invalidité du contrat pour violation des lois antitrust, fraude et déclarations inexactes faites par négligence. Exxon a également présenté une demande reconventionnelle, soulevant les mêmes questions que celles invoquées en défense et réclamant des dommages-intérêts triples. General Atomic Company, Gulf Oil et Scallop sont les défenderesses à la demande reconventionnelle et elles ont invoqué des moyens de défense, dont l'acte de gouvernement et le fait du prince.

Les commissions rogatoires

Dans les actions de Chicago et de Californie, les cours ont rendu des ordonnances de production de documents qui se trouvent au Canada en la possession ou sous la garde de Minéraux Gulf et de Gulf Canada. La position de ces dernières est que les documents sont pertinents aux points en litige dans les actions respectives et leur sont nécessaires pour établir leur défense aux réclamations faites dans les deux actions. A cause du *Règlement relatif à la*

Regulations (to which I will refer later) the Canadian subsidiaries were unwilling to violate the prohibition against disclosure prescribed by the *Regulations* or to risk the penalties prescribed for breach. Were it not for the *Regulations*, they were quite prepared to make disclosure and thus to assist their parent company in the two actions.

Gulf Oil thereupon applied for the letters rogatory which it now seeks to have enforced by this Court. The two sets of letters rogatory are similar in their directions and it will be sufficient to refer to those issued in the Chicago action. They are addressed by Judge Marshall to "the Appropriate Judicial Authority in Canada". Included in them are the following paragraphs:

AND WHEREAS this court is authorized and has exercised jurisdiction over the matters in issue in this consolidated action as a court of competent jurisdiction in the United States of America;

AND WHEREAS it has been shown to us that justice cannot be completely done in these consolidated actions without the testimony of, and the production of documents by, the following witnesses residing in the Province of Ontario, Canada, to wit: Gulf Minerals Canada Limited, 110 Yonge Street, Suite 1400, Toronto, Ontario, Canada M5C 1T4, and R.N. Taylor, its President; and Gulf Canada Limited, Post Office Box 460, Station A, Toronto, Ontario, Canada M5W 1E5, and C.D. Shepard, its Chief Operating Officer;

AND WHEREAS it has been shown that the evidence obtained from the above-named witnesses is necessary for use at the trial of the issues in this consolidated action and we have ordered that this evidence be for purposes of trial herein;

AND WHEREAS the above-named witnesses are beyond the jurisdiction and process of this court and could not otherwise be compelled on pain of sanction to attend under the normal and usual process of this court as set forth under the Federal Rules of Civil Procedure and then and there answer, under oath, on direct and cross examination, questions propounded to them by counsel for the parties herein and to bring with them documents for inspection, copying and examination hereinafter more particularly described;

sécurité de l'information sur l'uranium (dont je parlerai plus loin) les filiales canadiennes ne voulaient pas violer l'interdiction relative à la communication prévue par le Règlement ou risquer les pénalités prévues en cas de violation. N'eût été le Règlement, elles étaient tout à fait disposées à communiquer les documents et à venir ainsi en aide à leur compagnie mère dans les deux actions.

Sur ce, Gulf Oil a demandé les commissions rogatoires qu'elle cherche maintenant à faire exécuter par cette Cour. Les deux séries de commissions rogatoires comportent des directives semblables et il suffira de mentionner celles délivrées dans l'action de Chicago. Elles sont adressées par le juge Marshall à [TRADUCTION] «l'autorité judiciaire compétente au Canada». Elles comportent notamment les alinéas suivants:

[TRADUCTION] ET CONSIDÉRANT QUE cette cour est autorisée à exercer sa compétence sur les questions en litige dans ces actions réunies en tant que cour compétente aux États-Unis d'Amérique;

ET CONSIDÉRANT QU'on nous a démontré que justice ne peut être complètement rendue dans ces actions réunies sans les documents que peuvent produire et sans le témoignage que peuvent rendre les témoins suivants résidant en la province de l'Ontario au Canada, savoir: Minéraux Gulf du Canada Limitée, 110 Yonge Street, suite 1400, Toronto (Ontario), Canada M5C 1T4, et R. N. Taylor, son président; et Gulf Canada Limitée, boîte postale 460, Succursale A, Toronto (Ontario), Canada M5W 1E5, et C. D. Shepard, son directeur principal des opérations;

ET CONSIDÉRANT QU'il a été établi que les éléments de preuve obtenus des témoins susmentionnés sont nécessaires à l'instruction des questions dans ces actions réunies et que nous avons ordonné que ces éléments de preuve servent aux fins du procès en l'espèce;

ET CONSIDÉRANT QUE les témoins susmentionnés échappent à la juridiction et aux assignations de cette cour et ne pourraient autrement être contraints, sous peine de sanction, de comparaître en vertu des assignations normales et habituelles de cette cour énumérées aux Federal Rules of Civil Procedure et de répondre, sous serment, en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire, aux questions posées par les avocats des parties ni d'apporter avec eux les documents décrits plus particulièrement ci-après pour inspection, copie et examen;

AND WHEREAS this court has the jurisdiction and power to authorize the taking of depositions outside its jurisdiction and has hereby authorized by order Gulf Oil Corporation to take depositions from the above-named persons and to produce documents for use at the trial herein subject to this court's rules on the admissibility of evidence.

WE, THEREFORE REQUEST that in the furtherance of justice you will cause such witnesses, Gulf Minerals Canada Limited, Gulf Canada Limited, R.N. Taylor and C.D. Shepard, by the proper and usual process, to appear before Mr. Paul Rosenberger, Special Examiner, a person authorized to administer oaths in the Province of Ontario, at his offices at 390 Bay Street in the City of Toronto, Province of Ontario at a precise time and place by you to be fixed by order and there to answer under oath, or affirmations, the questions and interrogatories to be propounded by counsel for the respective parties and to bring with them all notes, documents, or other written or printed material in their possession or control or in the possession or control of Gulf Minerals Canada Limited or Gulf Canada Limited in any way related to conversations, discussions or meetings that took place between January 1, 1972 and December 31, 1975 involving them or any director, officer, employee, servant or agent of Gulf Minerals Canada Limited and Gulf Canada Limited or any other person in relation to the exporting from Canada or marketing for use outside Canada of uranium or its derivatives or compounds;

AND WE FURTHER REQUEST that you cause the said questions and answers to be reduced to writing and duly signed by each of the witnesses under oath or affirmation, and such notes, documents or other written or printed material that the said witnesses may produce or identify be marked as Exhibits and returned to us under cover duly sealed and addressed to the clerk of the United States District Court for the Northern District of Illinois, United States of America for production for the purpose of trial herein;

And we shall be ready and willing to do the same for you in a similar case when required.

I should point out that the letters rogatory were sought by Gulf Oil in order to avoid sanctions orders which might result in default judgments or a denial of the right to raise defences to which the Canadian documents would be relevant. Westinghouse and TVA had obtained an order from Judge Marshall in the Chicago action on November 9,

ET CONSIDÉRANT QUE cette cour a la compétence et le pouvoir de permettre que des témoignages soient recueillis à l'extérieur de sa juridiction, compte tenu de quoi elle a autorisé par ordonnance Gulf Oil Corporation à recueillir les témoignages des personnes susmentionnées et à produire des documents devant être utilisés au procès en l'espèce sous réserve des règles de cette cour relativement à la recevabilité en preuve.

NOUS VOUS DEMANDONS DONC, afin que justice soit rendue, de faire comparaître lesdits témoins, Minéraux Gulf du Canada Limitée, Gulf Canada Limitée, R.N. Taylor et C.D. Shepard, au moyen des assignations appropriées et habituelles, devant M. Paul Rosenberger, examinateur spécial, commissaire à l'assermentation dans la province de l'Ontario, à son bureau, 390, rue Bay en la ville de Toronto, province de l'Ontario, à l'heure, au jour et à l'endroit que vous fixerez par ordre, pour qu'ils répondent, sous serment ou affirmation solennelle, aux questions et interrogatoires des avocats des parties respectives et apportent avec eux toutes les notes, tous les documents ou toutes les autres pièces écrites ou imprimées qu'ils ont en leur possession ou leur garde ou qui sont en la possession ou sous la garde de Minéraux Gulf du Canada Limitée ou de Gulf Canada Limitée, qui sont de quelque façon reliés aux conversations, discussions ou réunions tenues entre le 1er janvier 1972 et le 31 décembre 1975, auxquelles ont pris part ces personnes ou tout administrateur, cadre employé, préposé ou agent de Minéraux Gulf du Canada Limitée et de Gulf Canada Limitée ou toute autre personne, relativement à l'exportation du Canada ou à la commercialisation pour utilisation à l'extérieur du Canada de l'uranium, de ses dérivés ou de ses composés;

ET NOUS VOUS DEMANDONS ÉGALEMENT de faire consigner par écrit lesdites questions et réponses et de les faire dûment signer par chaque témoin sous serment ou affirmation solennelle, et de faire noter comme pièces et de nous faire expédier sous pli dûment scellé adressé au greffier de la Cour de District des États-Unis pour le district nord de l'Illinois, États-Unis d'Amérique, les notes, documents ou autres pièces écrites ou imprimées que lesdits témoins produiront ou identifieront pour production aux fins du procès en l'espèce;

Et, au besoin, nous serons prêts et disposés à agir de même pour vous en pareille situation.

Je me dois de souligner que les commissions rogatoires ont été demandées par Gulf Oil afin d'éviter des sanctions judiciaires qui pourraient entraîner des jugements par défaut ou une privation du droit de présenter une défense à laquelle les documents canadiens se rapporteraient. Dans l'action de Chicago, Westinghouse et TVA avaient

1979 that Gulf Oil and Gulf Minerals and certain other defendants produce documents in Canada which were subject to the *Uranium Information Security Regulations* by January 2, 1980. Judge Marshall accepted the contention that they were relevant to issues in the Chicago action and was not moved by the submission that production was prohibited by Canadian law. A similar order was obtained on November 16, 1979, in the California action, also for production by January 2, 1980.

The reality of a threat of a default judgment was evidenced by what happened in an action brought on December 31, 1975 by United Nuclear Corporation against General Atomic Company in the District Court of Santa Fe County in New Mexico, invoking that State's anti-trust laws. The action was to set aside contracts under which United Nuclear had contracted to deliver more than twenty-five million pounds of uranium to General Atomic. Production was sought from General Atomic of documents in the possession of Gulf Minerals referable to the cartel and although efforts were made to obtain the consent of the then Canadian Minister of Energy, Mines and Resources to the production of the documents, consent was refused. Notwithstanding diplomatic intervention by the Canadian Embassy, expressing concern about an order of a United States Court that, it said, offended international comity, the judge in the New Mexico action issued a sanctions order and a default judgment against General Atomic for its failure to produce or identify the Canadian documents. It was said in an affidavit filed in the present proceedings by American counsel for General Atomic, who also acted for Gulf Oil and Gulf Minerals, that the sanctions order deprived General Atomic of the benefit of uranium contracts valued at nine hundred million dollars.

The *Uranium Information Security Regulations*

I come now to consider the *Uranium Information Security Regulations* which were first passed

obtenu du juge Marshall, le 9 novembre 1979, une ordonnance enjoignant à Gulf Oil, à Minéraux Gulf et à certains autres défendeurs de produire au plus tard le 2 janvier 1980 des documents gardés au Canada et assujettis au *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium*. Le juge Marshall a accepté la prétention qu'ils se rapportaient aux questions soulevées dans l'action de Chicago et n'a pas été influencé par la prétention que la production en était interdite par la législation canadienne. Une ordonnance semblable a été obtenue le 16 novembre 1979 dans l'action de Californie, également pour production au plus tard le 2 janvier 1980.

La réalité de la menace d'un jugement par défaut a été démontrée par ce qui s'est produit dans une action intentée le 31 décembre 1975 par United Nuclear Corporation contre General Atomic Company devant la Cour de District du comté de Santa Fe au Nouveau-Mexique, et qui invoquait les lois antitrust de cet état. Cette action visait à faire annuler des contrats en vertu desquels United Nuclear s'était engagée à livrer plus de vingt-cinq millions de livres d'uranium à General Atomic. Cette dernière a cherché à faire produire des documents relatifs au cartel qui se trouvaient en la possession de Minéraux Gulf mais, en dépit des efforts déployés auprès du ministre canadien de l'Énergie, des Mines et des Ressources de l'époque, ce dernier a refusé de consentir à la production des documents. Malgré l'intervention diplomatique de l'ambassade canadienne exprimant son inquiétude au sujet d'une ordonnance d'une cour américaine qui, a-t-on dit, violait la courtoisie internationale, le juge dans l'action du Nouveau-Mexique a pris des sanctions et rendu un jugement par défaut contre General Atomic pour son défaut de produire ou d'identifier les documents canadiens. Dans un affidavit qu'il a déposé dans les présentes procédures, l'avocat américain de General Atomic, qui agissait également pour Gulf Oil et Minéraux Gulf, a déclaré que les sanctions ont privé General Atomic du bénéfice de contrats d'uranium évalués à neuf cent millions de dollars.

Le *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium*

Je vais examiner maintenant le *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium* qui

on September 21, 1976, as P.C. 1976-2368, SOR/76-644. They were replaced on October 13, 1977 by an amended version, P.C. 1977-2923, SOR/77-836. These, in turn, were consolidated on August 15, 1979, with some changes, in the *Consolidated Regulations of Canada*, c. 366. The authority for the regulations, recited in them, was s. 9 of the *Atomic Energy Control Act*, R.S.C. 1970, c. A-19, giving power to the Atomic Energy Control Board, with the approval of the Governor in Council, to make regulations as specified in paras. (*a*) to (*g*) of s. 9. I shall return to s. 9 later in these reasons.

Section 2 of the original regulations was as follows:

2. No person who has in his possession or under his control any note, document or other written or printed material in any way related to conversations, discussions or meetings that took place between January 1, 1972 and December 31, 1975 involving that person or any other person or any government, crown corporation, agency or other organization in respect of the production, import, export, transportation, refining, possession, ownership, use or sale of uranium or its derivatives or compounds, shall

(*a*) release any such note, document or material, or disclose or communicate the contents thereof to any person, government, crown corporation, agency or other organization unless

(i) he is required to do so by or under a law of Canada, or

(ii) he does so with the consent of the Minister of Energy, Mines and Resources; or

(*b*) fail to guard against or take reasonable care to prevent the unauthorized release of any such note, document or material or the disclosure or communication of the contents thereof.

In the substituted regulations, a definition of "foreign tribunal" was introduced as s. 2 and it defined the term to include any court or grand jury and any person authorized or permitted under foreign law to take or receive evidence whether on behalf of a court or grand jury or otherwise. Section 3 was in these words:

a été adopté à l'origine le 21 septembre 1976, C.P. 1976-2368, DORS/76-644. Il a été remplacé le 13 octobre 1977 par une version modifiée, C.P. 1977-2923, DORS/77-836. Celle-ci a ensuite été codifiée le 15 août 1979, avec quelques modifications, dans la *Codification des Règlements du Canada*, chap. 366. Le Règlement, qui d'ailleurs l'énonce, a été établi en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique*, S.R.C. 1970, chap. A-19, qui donne pouvoir à la Commission de contrôle de l'énergie atomique, avec l'assentiment du gouverneur en conseil, d'établir des règlements conformément aux dispositions des al. 9*a*) à *g*). Je reviendrai à l'art. 9 plus loin dans ces motifs.

Voici le texte de l'art. 2 du règlement original:

2. Une personne ayant en sa possession ou sous sa surveillance un document, une note ou une autre pièce écrite ou imprimée relative de quelque façon à des conversations, discussions ou réunions, tenues au cours des années 1972, 1973, 1974 et 1975 et auxquelles ont pris part cette personne ou une autre personne ou un gouvernement, une société de la Couronne, une agence ou autre organisation concernant la production, l'importation, l'exportation, le transport, le traitement, la possession, la propriété, l'utilisation ou la vente de l'uranium, de ses dérivés ou de ses composés, ne doit en aucune façon

a) diffuser cette note, ce document ou cette pièce ni en révéler le contenu à une personne, un gouvernement, une société de la Couronne, un organisme ou une organisation, quels qu'ils soient, sauf

(i) si une loi du Canada l'y oblige, ou

(ii) si le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources y consent; ni

b) négliger de se prémunir ou de prendre des mesures appropriées contre sa diffusion illégale ou la révélation de son contenu.

Le nouveau règlement a introduit à l'art. 2 la définition de «tribunal étranger» qui comprend soit une cour ou un grand jury soit une personne autorisée dans un pays étranger à recueillir des témoignages soit au nom d'une cour ou d'un grand jury soit autrement. Le texte de l'art. 3 se lisait comme suit:

3. No person who has in his possession or under his control any note, document or other written or printed material in any way related to conversations, discussions or meetings that took place between January 1, 1972 and December 31, 1975 involving that person or any other person in relation to the exporting from Canada or marketing for use outside Canada of uranium or its derivatives or compounds shall

(*a*) release any such note, document or material or disclose or communicate the contents thereof to any person, foreign government or branch or agency thereof or to any foreign tribunal unless

(i) he is required to do so by or under a law of Canada, or

(ii) he does so with the consent of the Minister of Energy, Mines and Resources; or

(*b*) fail to guard against or take reasonable care to prevent the unauthorized release of any such note, document or material or the disclosure or communication of the contents thereof.

The French version of s. 3 does not mention "any person" and the same discordance appears in the consolidation. On the other hand, although both the English and French versions define "foreign tribunal", the English consolidated version does not include the term in its substantive s. 3, having adopted, by mistake, the original s. 2, a mistake not made in the French version. Again, there is a difference between s. 3 in the substituted regulations of October 13, 1977 and the same section in the consolidation: the former prohibits disclosure of documents in the possession of any person respecting conversations or meetings during a specified period "involving that person or any other person in relation to the exporting from Canada or marketing for use outside Canada of uranium or its derivatives or compounds" and the latter encompasses not only "that person or any other person" but also "any government, crown corporation, agency or other organization" and "in respect of the production, import, export, transportation, refining, possession, ownership, use or sale of uranium or its derivatives or compounds".

3. Quiconque a la possession ou la garde d'un document, d'une note, d'une pièce ou imprimé, obtenus directement ou indirectement et reliés à des conversations, discussions ou réunions, tenues entre le 1er janvier 1972 et le 31 décembre 1975, y ayant pris part ou non, concernant l'exportation ou la commercialisation pour utilisation, hors du Canada, de l'uranium ou de ses dérivés ou composés,

a) ne peut les diffuser ni en révéler le contenu même à un gouvernement étranger ou à un des organismes ou à un tribunal étranger sauf

(i) si une loi du Canada l'y oblige ou

(ii) si le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources y consent ni

b) ne peut négliger de se prémunir ou de prendre des mesures appropriées contre cette diffusion ou cette révélation.

Ce nouvel art. 3 ne rend pas les mots «*any person*» du texte anglais et cet oubli est répété dans la codification. Par ailleurs, bien que les versions anglaise et française définissent «tribunal étranger», la codification anglaise n'inclut pas cette expression dans son art. 3, ayant repris par erreur l'art. 2 original, erreur que l'on ne retrouve pas dans la version française. Le texte anglais du Règlement présente encore une autre différence entre l'art. 3 modifié le 13 octobre 1977 et le même article dans la codification: aux termes du premier, quiconque a la possession de documents reliés à des conversations ou réunions tenues pendant une période déterminée, «y ayant pris part ou non, concernant l'exportation ou la commercialisation pour utilisation, hors du Canada, de l'uranium ou de ses dérivés ou composés», se voit interdire d'en révéler le contenu; aux termes de la version anglaise de l'art. 3 de la codification qui reprend plutôt l'art. 2 original, l'interdiction vise non seulement quiconque, «y ayant pris part ou non», mais également «un gouvernement, une société de la Couronne, une agence ou autre organisation» et «concernant la production, l'importation, l'exportation, le transport, le traitement, la possession, la propriété, l'utilisation ou la vente de l'uranium, de ses dérivés ou de ses composés».

I do not think that these drafting lapses or changes make any substantial difference to the effect of the regulations, especially in the light of s. 8(2) of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2. Section 8(1) of the *Official Languages Act* gives authenticity to an enactment in both its versions in the official languages, and s. 8(2) is directed to ensuring compatibility in application, although there may be differences in meaning in the two versions. There is no insuperable difficulty here in giving a compatible meaning to the regulations; nor can I find that such differences as exist in the two versions affect adversely the position of the applicant Gulf Oil.

It was the contention of the applicant Gulf Oil (and I may say here that counsel for Gulf Minerals supported Gulf Oil in this proceeding in all respects but, acting also for Gulf Canada, took no position on any of the issues) that the *Uranium Information Security Regulations* were *ultra vires* in all of their versions because they were not authorized under any of the subparagraphs of s. 9 of the *Atomic Energy Control Act*. The relevant subparas. are (*d*), (*e*) and (*g*) and they read as follows (preceded by the opening words of s. 9):

> 9. The Board may with the approval of the Governor in Council make regulations
>
> . . .
>
> (*d*) regulating the production, import, export, transportation, refining, possession, ownership, use or sale of prescribed substances and any other things that in the opinion of the Board may be used for the production, use or application of atomic energy;
>
> (*e*) for the purpose of keeping secret information respecting the production, use and application of, and research and investigations with respect to, atomic energy, as in the opinion of the Board, the public interest may require;
>
> . . .
>
> (*g*) generally as the Board may deem necessary for carrying out any of the provisions or purposes of this Act.

Subparagraph (*e*) respecting secrecy of information covers "production" and "use" which were referred to in the original regulations, were dropped in the substituted regulations and restored

Je ne crois pas que ces erreurs ou modifications de la rédaction changent de façon importante l'effet du Règlement, particulièrement si l'on se reporte au par. 8(2) de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. 0-2. Le paragraphe 8(1) de la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les versions des deux langues officielles d'un texte législatif font pareillement autorité et le par. 8(2) vise à assurer que l'on donnera le même effet au texte même s'il y a des différences entre les deux versions. Il n'y a aucune difficulté insurmontable ici à donner un sens compatible aux articles du Règlement; je ne crois pas non plus que les différences qui existent entre les deux versions nuisent à la position de la requérante Gulf Oil.

La requérante Gulf Oil a prétendu (et je peux dire ici que l'avocat de Minéraux Gulf l'appuie entièrement dans cette procédure mais, comme il agit également pour Gulf Canada, il n'a pris position sur aucun des points en litige) que le *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium* est illégal dans toutes ses versions parce qu'aucun des alinéas de l'art. 9 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* ne l'autorise. Les alinéas *d*), *e*) et *g*) sont pertinents; en voici le texte (précédé de la phrase d'introduction de l'art. 9):

> 9. La Commission peut, avec l'assentiment du gouverneur en conseil, établir des règlements
>
> . . .
>
> *d*) régissant la production, l'importation, l'exportation, le transport, le raffinage, la possession, la propriété, l'usage ou la vente de substances prescrites et de toutes autres choses qui, de l'avis de la Commission, peuvent être utilisées pour la production, l'usage ou l'emploi de l'énergie atomique;
>
> *e*) pour tenir des renseignements secrets concernant la production, l'usage et l'emploi de l'énergie atomique, et les recherches et enquêtes y relatives, selon que peut l'exiger l'intérêt public, de l'avis de la Commission;
>
> . . .
>
> *g*) concernant les questions générales que la Commission peut juger nécessaires à l'exécution des dispositions ou à la réalisation des objets de la présente loi.

L'alinéa *e*) en ce qui concerne le secret des renseignements vise la «production» et «l'usage» mentionnés dans le règlement initial, abrogés dans le règlement modifié et rétablis dans le texte anglais de la

in the consolidation. However, it is production and use of atomic energy which is referred to in subpara. (*e*) and not uranium or its derivatives or compounds. Section 2 of the *Atomic Energy Control Act* defines "atomic energy" to mean all energy of whatever type derived from or created by the transmutation of atoms. The regulations cannot therefore find support in subpara. (*e*). Nor does it appear that they can be supported under subpara. (*d*). However, in *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co., supra*, Robins J. held that they were within the authority granted by subpara. (*g*).

If they were validly enacted, the application to enforce the letters rogatory must fail because (1) the Minister of Energy, Mines and Resources has, despite various submissions to him, refused consent to disclosure and, (2) in my opinion, this is not a case where an order for disclosure should be made, assuming that such an order would come within the exception for disclosure under the words "by or under a law of Canada". I should point out that the Minister took the position, in some of his refusals of consent, that he had no authority to give consent because of the decision in *Re Clark and the Attorney-General of Canada*[3], which invalidated the provision for consent by application of the maxim *delegatus non potest delegare*. This is not a matter, however, which I need review here.

Counsel for Gulf Oil contended that its application under s. 43 of the *Canada Evidence Act* came within the exception in the regulations for disclosure upon a favourable order being made by this Court. The counter argument is that, having regard to the thrust of the regulations, the words "by or under a law of Canada" are directed to Canadian legislation providing for the production of evidence in purely domestic litigation. *Re John McManus and Atomic Energy Control Board*, an as yet unreported decision of the Federal Court of Appeal of January 11, 1980, held that the exception under the regulations for disclosure by or under a law of Canada entitled the Court to act

[3] (1977), 17 O.R. (2d) 593.

codification. Toutefois, l'al. *e*) porte sur la production et l'usage de l'énergie atomique et non sur l'uranium, ses dérivés ou composés. L'article 2 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* définit «énergie atomique» comme toute énergie de quelque genre qu'elle soit, provenant de la transmutation des atomes ou créée par cette dernière. Le Règlement ne trouve donc pas d'appui dans l'al. *e*). Il ne paraît pas non plus pouvoir s'appuyer sur l'al. *d*). Cependant, dans *Re Westinghouse Electric Corporation and Duquesne Light Co.*, précité, le juge Robins a conclu qu'il relevait du pouvoir accordé à l'al. *g*).

Si le Règlement a été validement édicté, la demande d'exécution des commissions rogatoires doit échouer parce que (1) le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources a, malgré les nombreuses requêtes qui lui ont été présentées, refusé de consentir à la communication et (2), à mon avis, il ne s'agit pas d'un cas où un ordre de communication devrait être rendu, si l'on présume que pareil ordre relèverait de l'exception au secret prévue par les mots «une loi du Canada». Je dois faire remarquer que, dans certains cas où le ministre a refusé son consentement, il a adopté le point de vue qu'il n'était pas autorisé à le donner en raison de la décision *Re Clark and the Attorney-General of Canada*[3], qui a déclaré invalide la disposition qui prévoit le consentement en appliquant la maxime *delegatus non potest delegare*. Cependant, je n'ai pas à examiner cette question ici.

L'avocat de Gulf Oil a prétendu que sa requête en vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* relève de l'exception au secret prévue au Règlement si un ordre favorable est rendu par cette Cour. L'argument contraire est que, compte tenu de l'effet du Règlement, les mots «une loi du Canada» visent une loi canadienne prévoyant la production d'éléments de preuve dans des litiges exclusivement nationaux. Selon l'arrêt *Re John McManus et la Commission de contrôle de l'énergie atomique*, décision encore inédite de la Cour d'appel fédérale du 11 janvier 1980, l'exception prévue au Règlement, qui autorise la communication si une loi du Canada l'exige, permet à la Cour

[3] (1977), 17 O.R. (2d) 593.

under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, giving it discretionary power to order production of documents for the purposes of that Act. This does not conclude the matter against the position taken by counsel for Gulf Oil and, assuming that the position is a tenable one, the question remains whether this Court should make an order for disclosure and thus enforce the letters rogatory. For the reasons which follow, I hold that it should not.

If the regulations were not validly enacted (and I am prepared for the purposes of this application to proceed on this basis), this does not mean that enforcement of the letters rogatory must automatically follow and disclosure made. A number of serious questions touching the discretionary authority vested in this Court by s. 43 of the *Canada Evidence Act* arise, questions raised by the Attorney General of Canada in opposing Gulf Oil's application.

The Attorney General of Canada submitted that even if the regulations went beyond the statutory authority under which they were purportedly promulgated, they nonetheless reflected federal government policy and it would be a wrongful exercise of discretion for this Court to ignore the policy by enforcing the letters rogatory. Moreover, it was the further contention of the Attorney General of Canada that the applicant was seeking a declaration from this Court as to the validity of the regulations; it was not defending itself against charges in Canada or defending a civil suit in which it was relevant to impugn the regulations. Indeed, so the submission went, it was clear that a declaration was sought because if the regulations were declared invalid, there would be no need to enforce the letters rogatory because the respondents would then gladly produce the documents. In any event, an application under s. 43 of the *Canada Evidence Act* was said to be an inappropriate vehicle for challenging the validity of regulations; validity should not be determined to enable the enforcement of letters rogatory which were issued by a foreign court in the full knowledge that there were prohibitory regulations in Canada that

d'agir en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*; celui-ci lui donne le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production de documents aux fins de cette loi. Ceci ne tranche pas la question à l'encontre de la position prise par l'avocat de Gulf Oil et, si l'on présume que sa position est défendable, il reste la question de savoir si cette Cour devrait rendre un ordre de communication et ainsi faire à exécuter les commissions rogatoires. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'elle ne le devrait pas.

Si le Règlement n'a pas été validement édicté (et je suis disposé aux fins de cette requête à procéder sur ce fondement), cela ne signifie pas qu'on doive automatiquement exécuter les commissions rogatoires et qu'il doive y avoir communication. Plusieurs questions importantes concernant le pouvoir discrétionnaire accordé à cette Cour par l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* se posent, questions que le procureur général du Canada a soulevées en contestant la requête de Gulf Oil.

Le procureur général du Canada prétend que même si le Règlement excède le pouvoir accordé par la Loi en vertu duquel il aurait été édicté, il est néanmoins la manifestation de la politique du gouvernement fédéral et, si sans en tenir compte, cette Cour faisait exécuter les commissions rogatoires, ce serait là un exercice abusif de son pouvoir discrétionnaire. De plus, le procureur général du Canada prétend que la requérante désire obtenir de cette Cour une déclaration sur la validité du Règlement; or elle ne se défend pas contre des accusations portées au Canada ni ne conteste une action civile dans laquelle il est pertinent d'attaquer le Règlement. En fait, ajoute-t-il, il est manifeste qu'on cherche à obtenir une déclaration parce que si le Règlement était déclaré invalide, il ne serait plus nécessaire de faire exécuter les commissions rogatoires, car les intimés produiraient très volontiers les documents. Quoi qu'il en soit, on a allégué qu'une requête fondée sur l'art. 43 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'était pas un moyen approprié pour contester la validité du Règlement; on ne devrait pas statuer sur la validité pour permettre l'exécution de commissions rogatoires délivrées par un tribunal étranger pleinement cons-

expressed government policy. Comity should have operated to support a refusal to issue the letters.

The foregoing contentions were subsumed under a wider argument by the Attorney General of Canada which had two main prongs; first, that this Court should not entertain Gulf Oil's application and, second, that in the exercise of discretion, this Court should refuse the application. I turn to consider this two-fold submission.

The Jurisdiction and Discretion of this Court

Although the relevant sections of the *Canada Evidence Act* vest jurisdiction in this Court, there is also concurrent jurisdiction in provincial superior courts, and the contention of the Attorney General of Canada was that since this Court is generally an ultimate appellate court, it should refuse to act under s. 43 and leave such original applications under that provision to the provincial superior courts. The documents whose disclosure is sought under the letters rogatory are now in or can be brought to Toronto, and the *forum conveniens*, it was contended, is the Supreme Court of Ontario. It was also submitted that there was no such urgency as to make it appropriate to leap frog the ordinary processes of the Canadian judicial system. Again, the applicant, although allegedly in jeopardy of a sanctions order (Judge Marshall in the Chicago action ordered the plaintiffs on January 16, 1980 to file sanctions motions by March 3, 1980 and replies in opposition by April 3, 1980) did not ask for a suspension of the order pending efforts to enforce the letters rogatory and, moreover, the trial in the Chicago action is not to commence until September 1981. There is the further submission that there are factual issues to be resolved under the letters rogatory and this is best done in a trial court. Reference was made to the judgment of the Manitoba Court of Appeal in *Re Forest and Registrar of Court of Appeal of*

cient de l'existence d'un règlement prohibitif au Canada qui exprime la politique du gouvernement. La courtoisie aurait dû commander un refus de délivrer les commissions.

Les prétentions déjà citées sont comprises dans un argument plus large du procureur général du Canada qui comporte deux branches principales; premièrement, cette Cour ne devrait pas entendre la requête de Gulf Oil et, deuxièmement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette Cour devrait rejeter la requête. Je vais examiner maintenant cette double prétention.

La compétence de cette Cour et son pouvoir discrétionnaire

Bien que les articles pertinents de la *Loi sur la preuve au Canada* donnent compétence à cette Cour, les cours supérieures des provinces ont également une compétence concurrente. Le procureur général du Canada soutient que, puisque cette Cour est généralement une cour d'appel de dernier ressort, elle devrait refuser d'agir en vertu de l'art. 43 et laisser aux cours supérieures des provinces le soin d'entendre en première instance les requêtes présentées en vertu de cette disposition. Les documents dont on veut obtenir la communication au moyen des commissions rogatoires se trouvent maintenant à Toronto ou peuvent y être apportés et on a fait valoir que le tribunal qui convient est la Cour suprême de l'Ontario. On prétend également qu'il n'y a pas d'urgence au point de justifier de passer outre au processus ordinaire du système judiciaire canadien. En outre, malgré la possibilité de sanctions contre elle (dans l'action de Chicago, le 16 janvier 1980, le juge Marshall a ordonné aux demandeurs de déposer des requêtes visant l'imposition de sanctions d'ici le 3 mars 1980 et une défense d'ici le 3 avril 1980), la requérante n'a pas demandé de suspension des procédures pendant qu'elle tentait de faire exécuter les commissions rogatoires et, de plus, le procès dans l'action de Chicago ne doit pas commencer avant septembre 1981. On prétend de plus que des questions de fait doivent être tranchées aux termes des commissions rogatoires, ce qu'il est préférable de faire dans une cour de première instance. Mention a été faite d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *Re*

Manitoba[4] where the Court of Appeal, having concurrent jurisdiction with the Court of Queen's Bench in *mandamus,* refused to take jurisdiction. A similar position was taken by the Supreme Court of the United States in *Ohio v. Wyandotte Chemical Corp.*[5] where it had concurrent jurisdiction with United States District Courts.

I think that these are cogent considerations that point to the desirability of original resort to a provincial superior court. However, because the merits as to enforcement of the letters rogatory were fully argued, I think I should deal with the matter by asserting jurisdiction and considering whether the Court's discretion should be exercised to enforce or to refuse to enforce the letters rogatory.

Crown privilege was not invoked in this case by an affidavit under s. 41(1) or (2) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.) as it was in the *Westinghouse* case decided by Robins J. The central issue touching the discretion of this Court was whether public interest immunity (to use Gulf Oil's phrase) or public policy (to use the term of the Attorney General of Canada) could be invoked instead and, if so, whether it was of sufficient weight to overcome considerations of comity. It was not disputed that it was open to the Attorney General of Canada to rely on public policy apart from Crown privilege. Moreover, in my opinion, it is not a ground for denying recognition of the public policy asserted here by the Attorney General of Canada that the cartel arrangement came to an end before the Chicago and California actions were instituted or that the government of Canada wished to prevent disclosure of the information sought under the letters rogatory, despite the previous abandonment of the arrangements under which the information was collected and recorded.

[4] (1977), 77 D.L.R. (3d) 445.
[5] (1971), 401 U.S. 493.

Forest and Registrar of Court of Appeal of Manitoba[4], où la Cour d'appel qui a une compétence concurrente avec la Cour du Banc de la Reine sur les *mandamus*, a refusé d'agir. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable dans *Ohio v. Wyandotte Chemical Corp.*[5] où elle avait une compétence concurrente avec les Cours de District des États-Unis.

Ce sont là, je crois, des considérations convaincantes qui font ressortir les avantages de recourir d'abord à une cour supérieure provinciale. Cependant, puisque des plaidoiries au fond ont été faites sur la question de l'exécution des commissions rogatoires, je crois devoir en traiter en revendiquant compétence et en examinant si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour faire exécuter les commissions rogatoires ou refuser de le faire.

En l'espèce on n'a pas invoqué le privilège de la Couronne par un affidavit en vertu des par. 41(1) ou (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.) comme on l'avait fait devant le juge Robins dans l'affaire *Westinghouse*. La question principale concernant le pouvoir discrétionnaire de cette Cour est de savoir si l'on peut invoquer plutôt l'immunité fondée sur l'intérêt public (pour reprendre l'expression de Gulf Oil) ou la politique d'intérêt général (pour employer l'expression du procureur général du Canada) et, dans l'affirmative, si cet argument a suffisamment de poids pour l'emporter sur des considérations de courtoisie. On ne conteste pas que le procureur général du Canada peut invoquer l'intérêt général indépendamment du privilège de la Couronne. De plus, à mon avis, on ne peut refuser de reconnaître l'intérêt général revendiqué ici par le procureur général du Canada pour le motif que l'entente relative au cartel a expiré avant que soient intentées les actions de Californie et de Chicago, ou que le gouvernement du Canada a voulu empêcher la communication des renseignements recherchés par les commissions rogatoires, malgré l'abandon antérieur des ententes en vertu desquelles les renseignements ont été recueillis et consignés.

[4] (1977), 77 D.L.R. (3d) 445.
[5] (1971), 401 U.S. 493.

The participation of the government of Canada in the cartel arrangement was made known to the public, and it seems to me that the resistance to disclosure was not so much a matter of the maintenance of secrecy as it was of an assertion of Canadian sovereignty to resist the extraterritorial application of United States anti-trust laws.

The government of Canada was on record in the Chicago action by an *amicus* brief presented to Judge Marshall that it regarded its sovereign position to be put in question by the attempt to secure disclosure of the information now sought under the letters rogatory. I quote here a small portion of the brief.

Canada considered it contrary to her sovereign prerogatives for foreign tribunals to question the propriety or legality of the actions of Canadian uranium producers that were taken outside the United States and were required by Canadian law or taken in implementation of Canadian government policy. Accordingly, when it became clear that documents located in Canada bearing on the international uranium marketing arrangement might be removed to the United States in response to proceedings there, the Canadian government promulgated the Uranium Information Security Regulations, on September 23, 1976. The Canadian government promulgated the Regulations to serve a vital national interest, particularly the preservation of Canada's past and future sovereign authority to secure compliance with its own laws and policies respecting a vital Canadian natural resource in the face of assertions of jurisdiction by non-Canadian tribunals. These Regulations were not procured by members of the uranium industry, and they were not adopted to protect the commercial interests of those companies.

It is true that the brief concentrated on the *Uranium Information Security Regulations* but the national interest which was expressed in the brief transcended the regulations. This is particularly evident in the press release of the then Minister of Energy, Mines and Resources of October 14, 1977, being an exhibit to the affidavit of John R. Light, filed in these proceedings. I reproduce the opening paragraphs of this release:

Over the past several weeks, the government has been criticized for actions that it took from 1972-75 to protect the Canadian uranium industry from the conse-

Le public a été informé de la participation du gouvernement du Canada au cartel et il me semble que la résistance à la communication n'était pas tant une question de maintien du secret qu'une affirmation de la souveraineté canadienne de s'opposer à l'application extra-territoriale des lois anti-trust américaines.

Le gouvernement du Canada était au dossier dans l'action de Chicago, ayant présenté au juge Marshall un mémoire portant qu'il considérait comme une attaque de sa souveraineté la tentative d'obtenir la communication des renseignements maintenant demandés par les commissions rogatoires. Je cite ici un petit extrait de ce mémoire:

[TRADUCTION] Le Canada estime qu'il est contraire à ses prérogatives souveraines que des tribunaux étrangers attaquent la légitimité des mesures prises par des producteurs canadiens d'uranium à l'extérieur des États-Unis et conformes au droit canadien ou prises conformément à la politique du gouvernement canadien. Par conséquent, lorsqu'il est devenu manifeste que des documents situés au Canada portant sur une entente internationale de commercialisation de l'uranium pourraient être envoyés aux États-Unis suite à des procédures en cours là-bas, le gouvernement canadien a édicté le Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium, le 23 septembre 1976. Le gouvernement canadien a édicté le Règlement pour répondre à un intérêt national vital, en particulier le maintien de son pouvoir souverain passé et futur d'assurer le respect de ses propres lois et poliques relativement à une ressource naturelle canadienne vitale face à des revendications de compétence de tribunaux non canadiens. Ce règlement n'est pas le fruit de démarches de membres de l'industrie de l'uranium et n'a pas été adopté pour protéger les intérêts commerciaux de ces compagnies.

Il est vrai que le mémoire portait principalement sur le *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium*, mais l'intérêt national qu'il exprime l'emportait sur le Règlement. Cela ressort particulièrement du communiqué de presse du 14 octobre 1977, du ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources de l'époque, pièce jointe à l'affidavit de John R. Light déposé dans les présentes procédures. Je reproduis les premiers alinéas de ce communiqué:

Depuis plusieurs semaines, le gouvernement fait l'objet de critiques au sujet des mesures qu'il a prises de 1972 à 1975 en vue de protéger l'industrie canadienne

quences of U.S. actions. I want to respond to these criticisms today in order to set the record straight.

The government has indicated on a number of occasions that it viewed the establishment of an international marketing arrangement for uranium in 1972 to be in the national interest. It, therefore, authorized its crown corporations to participate in the arrangement and passed a regulation under the Atomic Energy Control Act requiring the Canadian uranium producers to comply with the pricing and quota provisions which had been agreed upon internationally. The government approved this arrangement in 1972, on the specific understanding that it would not apply to the markets of Canada, Australia, South Africa, France and the United States. It was necessary as a matter of public policy for the government to protect our producing industry from extinction and to do so by helping to stabilize world prices at levels above the cost of production. This policy was defensible in 1972 and it is no less defensible today.

Again, although the Minister later in the release emphasized the *Uranium Information Security Regulations*, they were merely an expression of the Government's public policy and it is the policy rather than the regulations that, in this case, is a factor in the Court's exercise of its discretion.

Robins J, in the *Westinghouse* case, *supra*, took account of the policy in refusing to enforce certain letters rogatory and did so as I read his reasons, even apart from Crown privilege which was asserted before him and apart from the regulations. Thus, he said (at p. 290 of 16 O.R. 2d):

The enforcement of letters rogatory is always a matter within the discretionary power of the Court. Their enforcement is based upon international comity or courtesy proceeding from the law of nations. Inherent in the idea of international comity is a mutuality of purpose and of power. As a matter of principle Courts of justice of different countries are in aid of justice under a mutual obligation consistent with their own jurisdiction to assist each other in obtaining testimony upon which the rights of a cause may depend; so generally are individuals under a duty to give their testimony to Courts of justice in all inquiries where it may be ma-

de l'uranium des conséquences de mesures prises par les États-Unis. Je désire aujourd'hui répondre à ces critiques afin de rétablir les faits.

A plusieurs occasions, le gouvernement a fait remarquer qu'à son avis, la conclusion d'un arrangement international de commercialisation de l'uranium en 1972 serait conforme à l'intérêt national. Le gouvernement a donc autorisé ses sociétés de la Couronne à participer à cet arrangement et il a édicté un règlement sous l'égide de la Loi sur le contrôle de l'énergie atomique afin d'obliger les producteurs canadiens d'uranium à se conformer aux dispositions d'établissement des prix et de contingentement qui avaient été convenues à l'échelon international. En 1972, le gouvernement a approuvé cet arrangement à la condition expresse qu'il ne s'applique pas aux marchés du Canada, de l'Australie, de l'Afrique du Sud, de la France et des États-Unis. Le gouvernement se devait, à titre de politique publique, de protéger notre industrie productrice de l'extinction et ce, en contribuant à la stabilisation des prix mondiaux à des niveaux supérieurs au coût de production. Cette politique était défendable en 1972, et elle ne l'est pas moins aujourd'hui.

Bien que plus loin dans le communiqué, le Ministre insiste sur le *Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium*, celui-ci n'était qu'une expression de la politique d'intérêt général du gouvernement et c'est elle plutôt que le Règlement qui, en l'espèce, est un facteur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour.

Dans l'arrêt *Westinghouse*, précité, le juge Robins a tenu compte de la politique en refusant de faire exécuter des commissions rogatoires et ce, si je comprends bien ses motifs, même indépendamment du privilège de la Couronne que l'on faisait valoir devant lui et indépendamment du Règlement. Ainsi, il a dit (à la p. 290, 16 O.R. 2d):

[TRADUCTION] L'exécution de commissions rogatoires est toujours une question qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour. Leur exécution est fondée sur la courtoisie internationale ou les procédures de courtoisie du droit international. La réciprocité de buts et de pouvoirs est inhérente à l'idée de la courtoisie internationale. Par principe, les cours de justice de différents pays contribuent à la justice en vertu d'une obligation mutuelle, compatible avec leur propre compétence, de s'aider à obtenir un témoignage qui peut être fondamental à l'établissement des droits dans une affaire; donc, généralement, les individus ont l'obligation de rendre

terial. Courts in Canada recognize, and have often said, that, in the interests of comity, judicial assistance should whenever possible be given at the request of Courts of other countries: see, for example, *National Telefilm Associates Inc. v. United Artists' Corp. et al* (1958), 14 D.L.R. (2d) 343, generally, Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), p. 691 *et seq.* It is also fundamental that comity will not be exercised in violation of the public policy of the state to which the appeal is made or at the expense of injustice to its citizens; and comity leaves to the Court whose power is invoked the determination of the legality, propriety or rightfulness of its exercise: see generally 15A Corp. Jur. Sec., pp. 391-7; Szaszy, *International Civil Procedure* (1967), pp. 652-3.

In my judgment, there are aspects to the present case which bear upon the Court's exercise of its discretion and militate against honouring these letters rogatory.

The most important of these is public policy. This case constitutes a rare occasion, certainly in relations with the United States, in which, in my opinion, legal assistance should be denied on the ground that to grant it would be to run counter to a public policy of this country. The policy I refer to has been clearly and forcefully expressed; it relates specifically to the evidence and documents in issue. By affidavit and public statement a Minister of the Crown has made it plain that the Government of Canada has, as a matter of public policy, taken the position that the information and documents sought should not be disclosed. Crown privilege has been asserted on the basis, *inter alia*, that the documents relate to the marketing of uranium which constituted "an essential part of the policy" of the Government and in the public interest should not be produced or discovered; Security Regulations have been promulgated with the approval of the Governor in Council that prohibit the production of the documents or the disclosure of their contents; the Minister has indicated that the matter must be regarded as an issue of sovereignty. In these circumstances the Court, in my view, should take judicial cognizance of the stated public policy in exercising its discretionary power—*Adams v. Adams*, [1971] P. 188 at p. 198; *The "Arantzazu Mendi"*, [1939] A.C. 256 at p. 264—and should not force the disclosure of information if to do so would, on the authority of the Government, be harmful to the public interest. To decline to lend a foreign Court assistance through the use of domestic judicial ma-

témoignage devant les cours de justice dans toute enquête où il peut être important. Comme les tribunaux canadiens l'ont souvent dit, ils reconnaissent que, dans l'intérêt de la courtoisie, ils devraient accorder leur aide à la demande des tribunaux des autres pays chaque fois que c'est possible: voir, par exemple, *National Telefilm Associates Inc. v. United Artists' Corp. et al* (1958), 14 D.L.R. (2d) 343, et généralement Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975), aux p. 691 et suiv. Il est également fondamental que la courtoisie ne soit pas exercée en violation de la politique d'intérêt général de l'état auquel on fait appel ou au prix d'une injustice envers ses citoyens; et la courtoisie laisse à la cour dont le pouvoir est invoqué le soin de déterminer la légitimité de son exercice: voir en général 15A Corp. Jur. Sec., aux pp. 391 à 397; Szaszy, *International Civil Procedure* (1967), aux pp. 652 et 653.

A mon avis, des aspects de la présente affaire portent sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour et militent contre l'exécution de ces commissions rogatoires.

Le plus important de ces aspects est la politique d'intérêt général. Cette affaire constitue une occasion rare, du moins dans les relations avec les États-Unis, où, à mon avis, les tribunaux devraient refuser leur aide pour le motif qu'il serait contraire à l'intérêt public de ce pays de l'accorder. L'intérêt dont je parle a été clairement et vigoureusement exprimé; il se rapporte précisément à la preuve et aux documents en question. Par un affidavit et une déclaration publique, un ministre du gouvernement a clairement déclaré que le gouvernement du Canada a adopté, à titre de politique d'intérêt général, la position que les renseignements et les documents recherchés ne devraient pas être communiqués. Le privilège de la Couronne a été invoqué notamment pour le motif que les documents se rapportent à la commercialisation de l'uranium qui constitue «une partie essentielle de la politique» du gouvernement et que, dans l'intérêt public, ils ne devraient pas être produits ou communiqués; le Règlement sur la sécurité a été édicté avec l'approbation du gouverneur en conseil et il interdit la production des documents ou la communication de leur contenu; le Ministre a indiqué que la question doit être considérée comme une question de souveraineté. Dans ces circonstances, la Cour doit, à mon avis, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prendre d'office connaissance de l'énoncé de la politique d'intérêt général—*Adams v. Adams*, [1971] P. 188 à p. 198; *The "Arantzazu Mendi"*, [1939] A.C. 256 à la p. 264—et ne devrait pas imposer la communication de renseignements s'il était, suivant l'avis autorisé du gouvernement,

chinery in such circumstances is not to act in breach of the doctrine of comity but in accord with it.

Nor should the Court exercise its discretionary power to enforce letters rogatory of a foreign Court when one of the purposes of those letters rogatory is, as the argument was put to me, to procure evidence that "the activities of the Federal Government and/or its representatives, relative to the cartel, constitute the commission of and/or the counselling of an offence under ... the laws of the *lex fori*". It is inappropriate, in my opinion, to invoke the doctrine of comity of nations in an effort to search out testimony and documents designed to permit a foreign tribunal to determine whether actions taken by or on behalf of the Government of Canada were contrary or inconsistent with the laws of a foreign country. It should not be necessary to add that Canada is a fully sovereign nation and not accountable to the tribunals of a foreign State. Similarly, in this very special factual situation, letters rogatory should not, in my opinion, be enforced against officers of Canadian corporations whose actions during the pertinent period had received the stamp of approval of the Canadian Government. The refusal of judicial assistance for these reasons does not disappoint comity.

The same point was made in *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*[6], a judgment of the House of Lords. I refer to the words of Lord Wilberforce, at p. 448.

My Lords, I think that there is no doubt that, in deciding whether to give effect to letters rogatory, the courts are entitled to have regard to any possible prejudices to the sovereignty of the United Kingdom; that is expressly provided for in art 12(b) of the Hague Convention. Equally, that in a matter affecting the sovereignty of the United Kingdom the courts are entitled to take account of the declared policy of Her Majesty's Government is in my opinion beyond doubt. Indeed, this follows as the counterpart of the action which the United States Government has taken. For, as the order of 18th July 1977 and the letter of 12th July 1977 make plain, the order compelling testimony and granting immunity is made in extraordinary circumstances relating to the public interest of the United States. That the making of the order is a matter of government policy, and not related to the civil proceedings in Richmond, is confirmed beyond doubt by the statement made before

[6] [1978] 1 All. E.R. 434.

contraire à l'intérêt public de l'exiger. Ce n'est pas agir contrairement à la doctrine de la courtoisie, mais plutôt en accord avec celle-ci, que de refuser d'aider un tribunal étranger par le biais du processus judiciaire national dans de telles circonstances.

La Cour ne devrait pas non plus exercer son pouvoir discrétionnaire pour faire exécuter les commissions rogatoires d'un tribunal étranger lorsqu'un de leurs buts est, comme on l'a plaidé devant moi, de fournir la preuve que «les activités du gouvernement fédéral ou de ses représentants, relativement au cartel, constituent une infraction en vertu ... de la *lex fori* ou une incitation à la commettre». On ne doit pas, à mon avis, invoquer la doctrine de la courtoisie internationale pour essayer d'obtenir des témoignages et des documents destinés à permettre à un tribunal étranger de décider si des mesures prises par le gouvernement du Canada ou en son nom sont en contradiction ou incompatibles avec les lois d'un pays étranger. Il ne devrait pas être nécessaire d'ajouter que le Canada est un pays entièrement souverain et qu'il n'a pas à rendre compte aux tribunaux d'un état étranger. De même, dans cette situation de fait très particulière, les commissions rogatoires ne devraient pas, à mon avis, être exécutées contre des administrateurs de sociétés canadiennes dont les actes, pendant la période pertinente, ont reçu l'approbation du gouvernement canadien. Il n'est pas contraire à la courtoisie de refuser d'aider les cours pour ces motifs.

Le même raisonnement a été fait dans *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*[6], un arrêt de la Chambre des lords. Je cite les paroles de lord Wilberforce, à la p. 448:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, il n'y a aucun doute, à mon avis, qu'en décidant s'il faut donner effet aux commissions rogatoires, les cours ont le droit de tenir compte de toute atteinte possible à la souveraineté du Royaume-Uni; c'est ce que prévoit expressément l'al. 12b) de la Convention de La Haye. De même, il n'y a pas de doute, à mon avis, que dans une question touchant à la souveraineté du Royaume-Uni, les cours ont le droit de tenir compte de la politique officielle du gouvernement de Sa Majesté. C'est d'ailleurs la contrepartie des mesures prises par le gouvernement des États-Unis. En effet, comme l'ordonnance du 18 juillet 1977 et la lettre du 12 juillet 1977 le disent clairement, l'ordonnance enjoignant de témoigner et accordant l'immunité est rendue dans des circonstances extraordinaires, relatives à l'intérêt public des États-Unis. Que l'ordonnance rendue soit une question de politique du gouvernement non reliée aux procédures civiles à Richmond est con-

[6] [1978] 1 All E.R. 434.

Judge Merhige on 16th June 1977, and repeated in the letter of the Attorney General of the United States of 12th July 1977, that there is a firm policy against seeking orders under ss. 6002 and 6003 in private litigation. It appears that the present is the only case in which such an order has been made. (One other instance cited is not comparable.) But if public interest enters into this matter on one side, so it must be taken account of on the other; and as the views of the executive in the United States of America impel the making of the order, so must the views of the executive in the United Kingdom be considered when it is a question of implementing the order here. It is axiomatic that in anti-trust matters the policy of one state may be to defend what it is the policy of another state to attack.

The intervention of Her Majesty's Attorney-General establishes that quite apart from the present case, over a number of years and in a number of cases, the policy of Her Majesty's Government has been against recognition of United States investigatory jurisdiction extra-territorially against United Kingdom companies. The courts should in such matters speak with the same voice as the executive (see *The Fagernes* [1927] P. 311); they have, as I have stated, no difficulty in doing so.

Counsel for Gulf Oil submitted that public policy or public interest immunity should not be attached to trading or commercial ativities of the government; that it should not be recognized in respect of communications between persons who are not government employees or Ministers of the Crown or between government employees or Ministers and other persons; that, in any event, the public interest relied upon was not adequately described and that it was not shown how the public interest would be damaged by disclosure of the documents requested under the letters rogatory.

The last point may be answered shortly. It is not for a Court, when called upon to consider whether it should enforce letters rogatory, to take issue with the government's determination of public policy or to measure its impact. It may be that different considerations will operate where a Canadian court is concerned with Canadian litigation arising out of issues turning on Canadian law. Nor do I think that there is any doubt in this

firmé hors de tout doute par la déclaration faite devant le juge Merhige le 16 juin 1977 et répétée dans la lettre du procureur général des États-Unis en date du 12 juillet 1977, savoir qu'un principe ferme interdit de chercher à obtenir des ordonnances en vertu des art. 6002 et 6003 dans les litiges privés. La présente affaire est apparemment la seule où pareille ordonnance a été rendue. (Un autre cas cité n'est pas comparable.) Mais, si l'intérêt public entre en jeu d'une part, il faut également en tenir compte de l'autre; et, puisque de l'avis de l'exécutif des États-Unis d'Amérique, l'ordonnance doit être rendue, il faut également tenir compte de l'avis de l'exécutif du Royaume-Uni lorsqu'il est question d'appliquer l'ordonnance ici. Il est évident que dans les affaires de cartels, la politique d'un état peut être de défendre ce que, selon la politique d'un autre état, on attaque.

L'intervention du procureur général de Sa Majesté établit qu'indépendamment de la présente affaire, depuis de nombreuses années et dans de nombreuses affaires, la politique du gouvernement de Sa Majesté a été de s'opposer à la reconnaissance de la compétence investigatrice extra-territoriale des États-Unis contre les compagnies du Royaume-Uni. Pour ces questions, les tribunaux devraient faire corps avec l'exécutif (voir *The Fagernes* [1927] P. 311); comme je l'ai dit, elles n'ont aucune difficulté à le faire.

L'avocat de Gulf Oil a prétendu qu'on ne devrait pas rattacher la politique d'intérêt général ou l'immunité fondée sur l'intérêt public au commerce ou à l'activité commerciale du gouvernement; qu'on ne devrait pas la reconnaître relativement aux communications échangées entre des personnes qui ne sont pas fonctionnaires ou ministres du gouvernement ou entre des fonctionnaires ou des ministres et d'autres personnes; que, quoi qu'il en soit, l'intérêt public invoqué n'a pas été suffisamment décrit et que l'on n'a pas démontré de quelle façon la communication du contenu des documents demandés aux termes des commissions rogatoires y porterait atteinte.

On peut répondre brièvement au dernier point. Lorsqu'une cour doit décider si elle doit faire exécuter des commissions rogatoires, il ne lui appartient pas de mettre en question la détermination de la politique d'intérêt général du gouvernement ni d'en mesurer la portée. Il se peut que des considérations différentes prévaudront lorsqu'un tribunal canadien sera saisi d'un litige canadien qui découle de questions de droit canadien. Je ne

application by Gulf Oil as to what is the public policy which the government of Canada asserts. Again, there may be room for closer examination, and even assessment, where in Canadian litigation Crown privilege is asserted and the Court may be disposed to examine the documents for which the privilege is claimed. I do not agree that any such assessment or examination is invariably required to enable a Court to consider whether, in its discretion, it should enforce letters rogatory calling for the production of the documents for purposes of proceedings before a foreign tribunal.

Gulf Oil relied on *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England (Attorney-General intervening*[7]*)* in support of the first two points in its above-mentioned submission. It appears to have taken the phrase "public interest immunity" from that case, where it was used in assessing whether Crown privilege should be recognized in respect of a number of documents among those that were listed by the defendant Bank of England as being in its possession. The bank was quite prepared to make disclosure, but the government intervened to object to disclosure and supported its objection by an affidavit. The majority of the House of Lords took the view that it ought to examine the documents for which privilege was claimed, being of the opinion that the mere assertion of Crown privilege was not conclusive, and that the case called for balancing the prevention of harm to the state and the interest in the proper administration of justice. As a result of inspection, the conclusion was reached that the documents were not necessary to dispose fairly of the case, and so the objection to production was upheld.

Although "public interest immunity" was associated in the *Burmah Oil* case with a claim of Crown privilege, a situation which is not present here, I take it that counsel for Gulf Oil was using the phrase to encompass also a public policy claim such as was made here by the Attorney General of Canada. (In the *Burmah Oil* case, Lord Scarman (at p. 731) referred to public interest immunity as

[7] [1979] 3 All. E.R. 700.

crois pas non plus qu'il y ait de doute en l'espèce quant à la nature de la politique d'intérêt général que fait valoir le gouvernement du Canada. Il peut y avoir lieu de procéder à un examen plus minutieux, et même à une évaluation, lorsque, dans un litige canadien, on fait valoir un privilège de la Couronne, et la Cour peut vouloir examiner les documents pour lesquels on réclame le privilège. Je ne suis pas d'avis que pareille évaluation ou pareil examen soit nécessairement requis pour permettre à une cour de décider si, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, elle doit faire exécuter des commissions rogatoires qui demandent la production de documents aux fins de procédures devant un tribunal étranger.

Gulf Oil a invoqué l'arrêt *Burmah Oil Co. Ltd. v. Bank of England (Attorney-General intervening*[7]*)*, à l'appui des deux premiers points de sa prétention susmentionnée. Elle y a apparemment emprunté l'expression «immunité fondée sur l'intérêt public»; on l'a employée pour déterminer si le privilège de la Couronne s'appliquait à plusieurs des documents que la défenderesse, la Banque d'Angleterre, avait déclaré avoir en sa possession. La banque était tout à fait disposée à les communiquer, mais le gouvernement est intervenu pour s'y opposer et a produit un affidavit à l'appui de son opposition. La Chambre des lords, à la majorité, était d'avis qu'elle devait examiner les documents à l'égard desquels on invoquait le privilège, estimant que la simple revendication de privilège de la Couronne n'était pas concluante et que l'affaire exigeait que l'on mesure la prévention du préjudice pour l'état par rapport à l'intérêt de la bonne administration de la justice. Suite à l'examen, on a conclu que les documents n'étaient pas nécessaires à une décision équitable et l'opposition à la production a été accueillie.

Bien que «l'immunité fondée sur l'intérêt public» ait été reliée dans l'affaire *Burmah Oil* à une revendication de privilège de la Couronne, situation qui n'existe pas ici, je comprends que l'avocat de Gulf Oil a employé l'expression pour englober également la revendication de politique d'intérêt général que le procureur général du Canada a faite ici. (Dans l'arrêt *Burmah Oil*, lord Scarman (à la

[7] [1979] 3 All E.R. 700.

a manifestation of public policy.) It does not follow, however, that the same considerations should apply to an assertion of public policy, referable to a request for disclosure to a foreign tribunal, as apply to an assertion of Crown privilege in respect of litigation in Canada under and for the enforcement of Canadian law. The *Burmah Oil* case was a case in the English courts, turning on English law and not involving any element of extraterritorial enforcement of foreign law such as exists in the present application. It must be noted too that the documents for which production was sought in the *Burmah Oil* case were for the purpose of discovery and not, as here, for the purpose of trial.

I do not find anything in the *Burmah Oil* case, and, in particular, in the reasons of Lord Edmund-Davies relied on by counsel for Gulf Oil, to support his contention that public policy considerations should not be recognized in respect of trading or commercial activities of the government. I can understand that the matter may be one of degree. However, where the government is party to the arrangements out of which the documents, whose disclosure is sought, emerge, and it has promoted the arrangements as a facet of its energy policy in which the marketing of uranium is a central feature, I fail to see how public policy can be ignored in the interests of comity towards a foreign court, as if the policy was essentially a reflection of private considerations without any public, governmental interest. Again, the voluminous documents (said to cover 25,000 pages) are not simply private documents drawn up as a result of discussions and negotiations in which the government of Canada played no part but, concededly, reflect an input by representatives of the government.

I think it desirable to clarify the difference between an assertion of Crown privilege, supported by a ministerial affidavit, and a claim of nondisclo-

p. 731) considère l'immunité fondée sur l'intérêt public comme une manifestation de la politique d'intérêt général.) Il ne s'ensuit pas, cependant, qu'il faille appliquer à une revendication de politique d'intérêt général, relativement à une requête pour communication à un tribunal étranger, les mêmes considérations que celles qui s'appliquent à une revendication de privilège de la Couronne relativement à un litige au Canada assujetti aux lois canadiennes et visant leur application. L'affaire *Burmah Oil* a été entendue par les tribunaux anglais, elle portait sur le droit anglais et, contrairement à la présente, ne mettait en jeu aucun élément d'application extra-territoriale du droit étranger. Il faut également remarquer que les documents dont on voulait obtenir la production dans l'affaire *Burmah Oil* devaient servir à un interrogatoire préalable et non à un procès comme en l'espèce.

Je ne trouve rien dans l'affaire *Burmah Oil* et, en particulier, dans les motifs de lord Edmund-Davies invoqués par l'avocat de Gulf Oil, à l'appui de sa prétention qu'on ne devrait pas reconnaître les considérations de politique d'intérêt général relativement aux activités commerciales du gouvernement. Je peux comprendre que c'est une question de mesure. Cependant, lorsque le gouvernement est partie à des ententes qui sont à la source des documents dont on veut obtenir la communication et qu'il les a favorisées comme élément de sa politique de l'énergie dont la commercialisation de l'uranium est un aspect essentiel, je ne vois pas comment on peut ignorer la politique d'intérêt général pour servir les intérêts de la courtoisie envers un tribunal étranger, comme si la politique était essentiellement une expression de considérations privées dépourvues d'intérêt public gouvernemental. Encore une fois, les nombreux documents (25,000 pages dit-on) ne sont pas simplement des documents privés rédigés par suite de discussions et de négociations auxquelles le gouvernement du Canada n'a pas participé, mais, on le reconnaît, ils révèlent une contribution de représentants du gouvernement.

Il est souhaitable, je crois, de préciser la différence qui existe entre une revendication de privilège de la Couronne, appuyée par affidavit minis-

sure based on public policy. It seemed to me that counsel for Gulf Oil, especially in his reliance on the *Burmah Oil* case and on other cases cited in his factum, dealt with these two matters as if they were interchangeable. Where Crown privilege is asserted, whether in domestic litigation or in litigation arising out of an attempt by a foreign tribunal to obtain evidence for the purposes of the enforcement of foreign law, nondisclosure is the preservation of secrecy in the public interest. However, as the case law indicates, the courts may decide to inspect the documents, whose production is refused on the ground of Crown privilege, in order to satisfy themselves that the claimed privilege is borne out and that the documents are relevant to the issues in the litigation. As already noted, there is no claim of Crown privilege here but rather one of public policy as an assertion of sovereignty against an attempt to enforce foreign law. I do not see that the Crown, the government, would be entitled to assert public policy against the enforcement of Canadian law in a Canadian court, but would be so entitled against an attempt to enforce foreign law in a Canadian court. Public policy is therefore involved in the application of rules of conflict of laws, as where the enforcement of foreign law in Canadian litigation may be denied because, for example, the foreign law may be a penal law or a tax law and therefore within the categories that are denied enforcement on policy grounds. So too, where letters rogatory are addressed to a Canadian court, Canadian government intervention on grounds of public policy may simply reflect an objection to extraterritorial enforcement of foreign law in violation of Canadian sovereignty.

For the reasons that I have given, I would refuse Gulf Oil's application. In coming to this conclusion I have not dealt with the Attorney General's submission that the letters rogatory should have been more specific in their reference to the documents

tériel, et une demande de non-communication fondée sur une politique d'intérêt général. L'avocat de Gulf Oil, particulièrement lorsqu'il invoque l'arrêt *Burmah Oil* et d'autres décisions citées dans son mémoire, m'a semblé traiter de ces deux points comme s'ils étaient interchangeables. Lorsqu'on revendique un privilège de la Couronne, que ce soit dans un litige national ou dans un litige découlant de la tentative que fait un tribunal étranger pour obtenir des éléments de preuve aux fins de l'application du droit étranger, la non-communication est le maintien du secret dans l'intérêt public. Cependant, comme l'indique la jurisprudence, les tribunaux peuvent décider d'examiner les documents, dont on refuse la production en invoquant le privilège de la Couronne, pour se convaincre que le privilège invoqué est justifié et que les documents sont pertinents aux questions en litige. Comme je l'ai déjà dit, ici on n'invoque pas le privilège de la Couronne mais une politique d'intérêt général en tant qu'affirmation de souveraineté opposable à une tentative d'appliquer le droit étranger. Je ne conçois pas que la Couronne, le gouvernement, aurait le droit de faire valoir une politique d'intérêt général à l'encontre de l'application du droit canadien devant un tribunal canadien, mais elle aurait le droit de le faire à l'encontre d'une tentative de faire appliquer le droit étranger devant un tribunal canadien. La politique d'intérêt général joue donc un rôle dans l'application des règles du droit international privé: ainsi on peut refuser d'appliquer le droit étranger dans un litige canadien parce que, par exemple, il peut être de nature pénale ou fiscale et faire par conséquent partie des catégories dont on refuse la mise en application pour des raisons de politique d'intérêt général. De même, lorsque des commissions rogatoires sont adressées à un tribunal canadien, l'intervention du gouvernement canadien pour des motifs de politique d'intérêt général peut simplement être l'expression d'une opposition à la mise en application extra-territoriale du droit étranger en violation de la souveraineté canadienne.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter la requête de Gulf Oil. En venant à cette conclusion, je n'ai pas examiné l'allégation du procureur général que les commissions rogatoires auraient dû énoncer de façon plus précise les documents dont

whose disclosure was sought, and I leave that issue open.

Although I would dismiss the application of Gulf Oil to enforce the letters rogatory, I would not, in the circumstances, make any order as to costs.

Application dismissed.

Solicitors for the applicant: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Solicitors for the respondents Gulf Canada Limited and Gulf Minerals Canada Limited: Harries, Houser, Toronto.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

on demande la communication et je laisse cette question en suspens.

Je suis d'avis de rejeter la requête de Gulf Oil visant à faire exécuter les commissions rogatoires, mais, dans les circonstances, je n'adjugerai aucuns dépens.

Requête rejetée.

Procureurs de la requérante: Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto.

Procureurs des intimées Gulf Canada Limited and Gulf Minerals Canada Limited: Harries, Houser, Toronto.

Procureur du procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Chatwin Motors Limited, Katila Chevrolet-Oldsmobile Ltd. (formerly Grant Katila Motors Ltd.), Meyers Holland Motors (Port Alberni) Ltd., Ohs Brothers Motors Limited and Western Motors Limited *Respondents*.

1979: October 24, 25; 1980: March 27.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeal from acquittal on charges under Combines Investigation Act — Questions of law alone not involved — Court of Appeal without jurisdiction — Trial judge, fully cognizant of applicable legal principles, deciding on facts that Crown failed to prove commission of offences charged — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) [re-en. 1974-75-76, c. 76, s. 14].

The respondent companies were, during the relevant time, motor vehicle dealers in Port Alberni, British Columbia. They were indicted on three counts under s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*. These counts charged that the respondents had unlawfully conspired, combined, agreed or arranged to prevent or lessen, unduly, competition in the sale, transportation or supply of parts and accessories for motor vehicles by (1) agreeing to add a common freight charge to the selling price of such parts and accessories, (2) agreeing to add a common surcharge to sales of such parts and accessories, and (3) agreeing to a common policy in relation to rebates given for returned parts and accessories. At trial, the Crown did not seek to prove a conspiracy relating to an undue lessening of competition in the total market for parts but rather only in connection with "captive" parts (*i.e.*, parts which may only be obtained from an automobile manufacturer or his franchised dealer).

In respect of count (1), the trial judge found that the Crown had proved the existence of an agreement among all the respondents to add a 3 per cent charge to their

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Chatwin Motors Limited, Katila Chevrolet-Oldsmobile Ltd. (antérieurement Grant Katila Motors Ltd.), Meyers Holland Motors (Port Alberni) Ltd., Ohs Brothers Motors Limited et Western Motors Limited *Intimées*.

1979: 24, 25 octobre; 1980: 27 mars.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

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

Droit criminel — Appel interjeté d'acquittements sur des accusations portées en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions — Pas des questions de droit seulement — Cour d'appel sans compétence — Juge du procès instruit des principes juridiques applicables décidant, compte tenu des faits, que le ministère public n'a pas prouvé la perpétration des infractions imputées — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)c) [re-prom. 1974-75-76, chap. 76, art. 14].

A l'époque pertinente, les compagnies intimées faisaient le commerce des véhicules automobiles à Port Alberni (Colombie-Britannique). Elles ont été inculpées sous trois chefs d'accusation aux termes de l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Ces chefs d'accusation imputaient aux intimées d'avoir illégalement comploté, de s'être coalisées, concertées ou entendues, pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la vente, le transport ou la fourniture de pièces et d'accessoires de véhicules automobiles en 1) se concertant pour ajouter les mêmes frais de transport au prix de vente de ces pièces et accessoires, (2) en se concertant pour majorer de la même façon les prix de vente de ces pièces et accessoires et (3) en se concertant pour adopter une politique commune relativement aux rabais accordés pour les pièces et accessoires rendus. Au procès, le ministère public n'a pas cherché à prouver un complot visant une diminution indue de la concurrence pour tout le marché des pièces, mais seulement pour celui des pièces «exclusives» (c.-à-d. les pièces que l'on peut obtenir seulement du fabricant ou de son concessionnaire).

Relativement au premier chef, le juge du procès a conclu que le ministère public avait prouvé que toutes les intimées s'étaient entendues pour ajouter des frais de

list prices for certain parts of a "captive" nature on which they themselves had to pay freight. He concluded, though, that the offence itself had not been made out because the agreement had no effect on competition in the market. He also acquitted the respondents on the charge contained in count (2). He found that there was evidence of a meeting at which it was agreed to impose a 10 per cent surcharge but said that the agreement was not intended, nor shown, to have any effect on competition. As regards count (3), the trial judge found an agreement between the respondents Katila and Chatwin but held that the Crown had failed to show that the agreement would have effected or did effect an undue lessening of competition.

The Crown appealed the acquittals on counts (1) and (2) to the British Columbia Court of Appeal. The respondents moved to quash the appeal contending that the grounds of appeal did not involve questions of law alone. The motion was granted, Craig J.A. dissenting. The Crown appealed to this Court pursuant to subs. 1(*a*) of s. 621 of the *Criminal Code*.

The respondents moved to quash the appeal to this Court on the ground that the dissent of Craig J.A. was not on a question of law. This motion was dismissed prior to the argument of this appeal on the merits on the ground that the issue before the Court of Appeal was as to the jurisdiction of that Court to hear the appeal and Craig J.A. had dissented from the reasons of the majority on that issue.

Held: The appeal should be dismissed.

Read as a whole, and considering the substance of the trial judgment, the trial judge, after instructing himself as to the legal principles applicable, came to the conclusion, on the evidence, that the Crown had not established that the respondents had agreed to lessen competition unduly. Some passages in the judgment, taken out of context, if considered as stating propositions of law, might be subject to attack. A reference to the judgment of Rothman J. in *R. v. Aluminum Co. of Canada* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, at p. 211, was perhaps, unfortunate, but like the majority in the Court of Appeal, this Court did not construe the trial judgment as stating as a proposition of law that the Crown, to succeed in a prosecution under subs. (1) of s. 32 of the *Combines Investigation Act*, must prove that the agreement was intended as a device for controlling prices, or that the Crown must prove that the agreement contemplated the fixing of a common price; nor as stating as a

3 pour cent aux prix courants de certaines pièces «exclusives» dont elles devaient elles-mêmes payer le transport. Il a conclu, cependant, que l'infraction n'avait pas été établie parce que l'entente n'avait aucun effet sur la concurrence. Il a également acquitté les intimées de l'accusation contenue au deuxième chef. Il a conclu qu'on avait fait la preuve d'une rencontre au cours de laquelle il avait été convenu d'imposer une majoration de 10 pour cent, mais il a dit que l'entente n'avait pas pour but d'influer sur la concurrence et que l'on n'avait prouvé aucun effet semblable. Quant au troisième chef, le juge du procès a conclu qu'il y avait une entente entre les intimées Katila et Chatwin, mais il a jugé que le ministère public n'avait pas établi que l'entente aurait entraîné ou avait entraîné une diminution indue de la concurrence.

Le ministère public a interjeté appel des acquittements sur les premier et deuxième chefs à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Les intimées ont demandé l'annulation de l'appel au motif que les moyens d'appel ne comportent pas des questions de droit seulement. La requête a été accueillie, mais le juge Craig était dissident. L'appelante a formé un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel*.

Les intimées ont présenté une requête en annulation du pourvoi devant cette Cour au motif que la dissidence du juge Craig ne porte pas sur une question de droit. Cette requête a été rejetée avant les plaidoiries au fond parce que la question soumise à la Cour d'appel concerne sa compétence à entendre l'appel et que la dissidence du juge Craig porte sur cette question.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté

Si l'on considère globalement et dans son essence le jugement de première instance, on constate qu'après s'être donné des directives sur les principes de droit applicables, le juge du procès a conclu, compte tenu de la preuve, que le ministère public n'avait pas établi que les intimées avaient convenu de diminuer indûment la concurrence. Certains passages du jugement, pris hors contexte, pourraient être contestés si on les considère comme des énoncés du droit. Le renvoi à la décision du juge Rothman dans *R. v. Aluminum Co. of Canada* (1976), 29 C.P.R. (2d) 183, à la p. 211, est peut-être regrettable mais, comme la majorité en Cour d'appel, cette Cour ne voit pas dans le jugement de première instance d'énoncé de droit suivant lequel, pour réussir dans une poursuite en vertu du par. 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le ministère public doit établir que l'entente visait à contrôler les prix ou que l'entente envisageait la fixation d'un prix

proposition of law that a common surcharge can have no effect upon competition.

As stated in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd. and United Artists Corp.*, [1974] 3 W.W.R. 304, where the right of the Crown to appeal from an acquittal was considered, "the problem whether the appeal involves a question of law alone is not one to be determined in the abstract but rather against the actualities of the record." "Against the actualities of the record" in the present case, the Court was of the opinion that the trial judge, fully cognizant of the applicable legal principles, decided on the facts that the Crown had failed to prove commission of the offences charged in counts (1) and (2).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing the appeal by the appellant and sustaining the acquittal of the respondents on charges alleging the commission of offences contrary to s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. Appeal dismissed.

C. O. D. Branson and *H. Wetston*, for the appellant.

R. W. Lusk and *P. G. Foy*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The respondents were acquitted on three counts alleging the commission of offences contrary to subs. (1)(*c*) of s. 32 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. The appellant filed a notice of appeal to the Court of Appeal for British Columbia. The respondents moved to quash the appeal contending that the grounds of appeal did not involve questions of law alone. The motion was granted, Craig J.A. dissenting. The appellant appeals to this Court pursuant to subs. (1)(*a*) of s. 621 of the *Criminal Code*.

The respondents moved to quash the appeal to this Court on the ground that the dissent of Craig J.A. was not on a question of law. This motion was dismissed prior to the argument of this appeal on the merits on the ground that the issue before the

[1] (1978), 7 B.C.L.R. 171.

commun; je n'y vois pas non plus d'énoncé de droit suivant lequel une majoration commune ne peut avoir d'effet sur la concurrence.

Comme on le dit dans *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd. and United Artists Corp.*, [1974] 3 W.W.R. 304, qui examine le droit du ministère public d'interjeter appel d'un acquittement «la question de savoir si l'appel porte sur une question de droit seulement ne doit pas être tranchée dans l'abstrait mais plutôt à partir de la réalité qui se dégage du dossier.» «A partir de la réalité qui se dégage du dossier» en l'espèce, la Cour est d'avis que le juge du procès, pleinement instruit des principes juridiques applicables, a décidé, compte tenu des faits, que le ministère public n'avait pas réussi à prouver la perpétration des infractions imputées dans les premier et deuxième chefs.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], rejetant un appel de l'appelante et maintenant l'acquittement des intimées sur des accusations qui leur imputaient des infractions à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. Pourvoi rejeté.

C. O. D. Branson et *H. Wetston*, pour l'appelante.

R. W. Lusk et *P. G. Foy*, pour les intimées.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les intimées ont été acquittées sur trois chefs d'accusation qui leur imputaient des infractions à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. L'appelante a déposé un avis d'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Par voie de requête, les intimées ont demandé l'annulation de l'appel au motif que les moyens d'appel ne comportent pas des questions de droit seulement. La requête a été accueillie, mais le juge Craig était dissident. L'appelante a formé un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel*.

Les intimées ont présenté une requête en annulation du pourvoi devant cette Cour au motif que la dissidence du juge Craig ne porte pas sur une question de droit. Cette requête a été rejetée avant les plaidoiries au fond parce que la question sou-

[1] (1978), 7 B.C.L.R. 171.

Court of Appeal was as to the jurisdiction of that Court to hear the appeal and Craig J.A. had dissented from the reasons of the majority on that issue.

The respondent companies were, during the relevant time, motor vehicle dealers in Port Alberni, British Columbia. They were indicted on three counts under s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*. These counts charged that the respondents had unlawfully conspired, combined, agreed or arranged to prevent or lessen, unduly, competition in the sale, transportation or supply of parts and accessories for motor vehicles by (1) agreeing to add a common freight charge to the selling price of such parts and accessories, (2) agreeing to add a common surcharge to sales of such parts and accessories, and (3) agreeing to a common policy in relation to rebates given for returned parts and accessories. These offences were alleged to have taken place between 1967 and 1972 and to have affected the city of Port Alberni and the surrounding market area.

The trial judge outlined the following relevant facts:

Chatwin Motors Limited was in existence during the whole period of the alleged conspiracies and sold the Pontiac-Buick line of General Motors. Katila Chevrolet-Oldsmobile Ltd. came into existence originally under the name Grant Katila Motors Ltd., which was incorporated on September 29th of 1961 and had its name changed some time during 1969. This corporation also held a General Motors franchise and sold the Chevrolet-Oldsmobile line. Meyers Holland Motors (Port Alberni) Ltd. until January of 1970 held a Ford franchise dealing with the Lincoln-Mercury line. Ohs Brothers Motors Limited also held a Ford franchise which entitled it to sell the Ford products. These last two named accused corporations ceased to do business as of January of 1970, when the whole of the Ford line including the Lincoln-Mercury and Ford products were handled by the defendant Western Motors Limited. Western Motors Limited started business in January of 1970, taking over from the other two Ford distributors and buying part of their assets.

mise à la Cour d'appel concerne sa compétence à entendre l'appel et que la dissidence du juge Craig porte sur cette question.

A l'époque pertinente, les compagnies intimées faisaient le commerce des véhicules automobiles à Port Alberni (Colombie-Britannique). Elles ont été inculpées sous trois chefs d'accusation aux termes de l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Ces chefs d'accusation imputaient aux intimées d'avoir illégalement comploté, de s'être coalisées, concertées ou entendues, pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la vente, le transport ou la fourniture de pièces et d'accessoires de véhicules automobiles en (1) se concertant pour ajouter les mêmes frais de transport au prix de vente de ces pièces et accessoires, (2) en se concertant pour majorer de la même façon les prix de vente de ces pièces et accessoires et (3) en se concertant pour adopter une politique commune relativement aux rabais accordés pour les pièces et accessoires rendus. Ces infractions auraient été commises entre 1967 et 1972 et auraient influé sur le marché de la ville de Port Alberni et des environs.

Le juge du procès a exposé les faits pertinents suivants:

[TRADUCTION] Chatwin Motors Limited était en existence pendant toute la période des complots imputés et vendait les marques Pontiac et Buick de General Motors. Katila Chevrolet-Oldsmobile Ltd. a été initialement constituée sous le nom Grant Katila Motors Ltd., le 29 septembre 1961, et a fait changer son nom au cours de l'année 1969. Cette compagnie détenait également une concession de General Motors et vendait les marques Chevrolet et Oldsmobile. Jusqu'en janvier 1970, Meyers Holland Motors (Port Alberni) Ltd. détenait une concession de Ford, vendant les marques Lincoln et Mercury. Ohs Brothers Motors Limited avait également une concession de Ford qui lui permettait de vendre les produits de marque Ford. Les deux dernières compagnies accusées ont cessé de faire affaire en janvier 1970, lorsque la défenderesse Western Motors Limited a pris en main la vente de tous les produits Ford, y compris les marques Lincoln et Mercury. Western Motors Limited, qui a commencé à faire affaire en janvier 1970, a pris la succession des deux autres concessionnaires Ford et a acheté une partie de leurs actifs.

All of the defendants sold new and used automobiles and also sold automobile parts, both wholesale and retail. They wholesaled the automobile parts manufactured by the auto company from which they were franchised. Their wholesale customers were mainly service stations, auto body repair shops, and other dealerships. In addition they retailed auto parts to the general public and the customers who had their automobiles repaired in the dealership garage. Of the defendants, Katila and Ohs were equipped with collision repair facilities.

Within the trade there are two classifications or categories of automobile parts known generally as "captive" or "competitive" parts.

"Captive" parts are parts which may only be obtained from an automobile manufacturer or his franchised dealer. "Captive" parts included generally body parts such as fenders, doors, bumpers, grilles, interior mouldings, etc.

"Competitive" parts are parts which are not only available from a franchised auto dealership but also from a number of independent jobbers and wholesalers. Examples of "competitive" parts would include spark plugs, shock absorbers, mufflers, brake linings. In this line could be included also what are known as "accessories" and which may loosely be defined as parts which are not necessary for the running of the automobile. These too could be obtained from a number of independent wholesalers and generally from all the franchised dealers.

Evidence was tendered to show that there was very brisk competition in the area of the general parts business in Port Alberni and the competition continued throughout the time covered by these indictments. By far the greatest competition was in the "Competitive Parts" category. It was estimated that about 80% to 85% of all the Parts business in the area was of a "Competitive Parts" nature.

In the field of "Captive Parts" those manufactured by General Motors were distributed in Port Alberni only through the two General Motors dealers, the accused Chatwin and Katila; while those from Ford were distributed first by the two defendants, Ohs and Meyers Holland, and latterly solely by Western.

At trial, the Crown did not seek to prove a conspiracy relating to an undue lessening of competition in the total market for parts but rather only in connection with "captive" parts.

At the commencement of his judgment, the trial judge said this:

Toutes les défenderesses vendaient des automobiles neuves et usagées ainsi que des pièces détachées, en gros et au détail. Elles vendaient en gros les pièces détachées fabriquées par la compagnie dont elles détenaient une concession. Leurs clients de gros étaient principalement les stations-service, les ateliers de tôlerie et d'autres concessionnaires. En plus elles vendaient au détail des pièces détachées au public en général et aux clients qui faisaient réparer leur automobile chez elles. Les défenderesses Katila et Ohs avaient un atelier de tôlerie.

Il existe dans ce commerce deux classes ou catégories de pièces détachées généralement appelées pièces «exclusives» et pièces «communes».

Les pièces «exclusives» sont celles que l'on peut obtenir seulement du fabricant ou de son concessionnaire. Les pièces «exclusives» comprennent généralement les pièces de carrosserie, comme les ailes, les portes, les pare-chocs, les calandres, les moulures intérieures, etc.

Les pièces «communes» sont celles qui sont en vente non seulement chez le concessionnaire mais également chez un grand nombre d'entrepreneurs indépendants et de grossistes. A titre d'exemple de pièces «communes», on peut nommer les bougies, les amortisseurs, les silencieux, les garnitures de freins. On peut également inclure dans cette catégorie les pièces dites «accessoires» définies approximativement comme celles qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement de l'automobile. On peut les acheter de plusieurs grossistes indépendants et généralement de tous les concessionnaires.

La preuve produite indique qu'il y avait une très vive concurrence dans le commerce général des pièces à Port Alberni et que cette concurrence s'est maintenue pendant toute la période visée par ces chefs d'accusation. La concurrence était beaucoup plus forte pour la catégorie des «pièces communes». On a estimé que de 80 à 85 p. cent de tout le commerce des pièces dans la région concernait les «pièces communes».

Quant aux «pièces exclusives», celles fabriquées par General Motors étaient seulement distribuées à Port Alberni par les deux concessionnaires de General Motors, les accusées Chatwin et Katila; celles de Ford étaient distribuées initialement par les deux défenderesses, Ohs et Meyers Holland, et, plus tard, uniquement par Western.

Au procès, le ministère public n'a pas cherché à prouver un complot visant une diminution indue de la concurrence pour tout le marché des pièces, mais seulement pour celui des pièces «exclusives».

Au début de son jugement, le juge de première instance a dit:

I am indebted to both counsel for the exhaustive reviews contained in their written submissions of the law on this statute and specifically relating to that section confined to conspiracy to restrict competition unduly. I do not find any significant dispute in the submission of counsel on the current interpretation of this section of the Act, and I content myself with stating what I consider to be the governing principles and with which counsel appear to be in full agreement.

In summary, the applicable law was stated as follows:

1. The offence lies, not in any overt act, but in the conclusion of an agreement to carry out certain acts.

2. The "intention" with which the parties made their agreement is irrelevant. If the effect of the agreement is unduly to lessen or prevent competition, the agreement is a criminal one, no matter what may have been the intention of the parties.

3. The agreement or conspiracy is only unlawful where, if the agreement were carried out, an undue restriction of competition would result.

4. While it is not necessary for there to be any evidence that the conspiracy has been carried out, the Court may look at any overt acts that may result from the carrying out of the conspiracy.

He cited the following passage from the judgment of my brother, Ritchie, in the case of *Aetna Insurance Co. et al. v. The Queen*[2], at p. 747:

The fact that an agreement existed to prevent or lessen competition in the price of insurance does not of itself constitute an offence under the section; the illegal character of the agreement lies in the fact that the prevention or lessening is *undue* and it appears to me that the best if not the only way in which to determine this is by considering whether competition would be unduly prevented or lessened *if* the design evidenced by the agreement were carried into effect. In my view it is only by assessing what the result would be if the agreement were implemented that the elusive quality of undueness can be measured, and it was for this reason that the learned trial judge in the present case heard evidence as to the effect of the plan on free competition in the insurance business.

[2] [1978] 1 S.C.R. 731.

[TRADUCTION] Je suis redevable aux deux avocats de l'analyse exhaustive du droit relatif à cette loi dans leurs mémoires, et particulièrement celle de l'article portant sur le complot pour restreindre indûment la concurrence. Je ne trouve aucune divergence importante dans les mémoires des avocats sur l'interprétation courante de cet article de la Loi et je me limiterai à énoncer ce que je considère être les principes directeurs, principes sur lesquels les avocats sont apparemment tout à fait d'accord.

En résumé, les principes de droit applicables ont été énoncés comme suit:

1. L'infraction réside non pas dans un acte manifeste mais dans la conclusion d'une entente pour accomplir certains actes.

2. L'«intention» des parties au moment de l'entente n'est pas pertinente. Si elle a pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence, l'entente est criminelle, quelle qu'ait été l'intention des parties.

3. L'entente ou le complot est illégal seulement lorsque son exécution crée une restriction indue de la concurrence.

4. Bien que cela ne soit pas nécessaire pour établir que le complot a été exécuté, la cour peut considérer tout acte manifeste qui peut résulter de l'exécution du complot.

Il a cité le passage suivant de l'opinion de mon collègue Ritchie dans *Aetna Insurance Co. et autres c. La Reine*[2], à la p. 747:

Le fait qu'une entente ait existé pour prévenir ou diminuer la concurrence dans le prix de l'assurance ne constitue pas en soi une infraction aux termes de l'article; le caractère illégal de l'entente réside dans le fait que la suppression ou la diminution est *indue* et il me semble que la meilleure, si ce n'est la seule façon d'en décider est de se demander si la concurrence serait indûment prévenue ou diminuée *si* le dessein révélé par l'entente était mis à exécution. A mon avis, c'est seulement en évaluant ce qui résulterait de l'application de l'entente que l'on peut mesurer ce caractère indu difficile à saisir et c'est la raison pour laquelle, en l'espèce, le savant juge de première instance a entendu des témoignages quant à l'effet de l'entente sur la libre concurrence dans le commerce de l'assurance.

[2] [1978] 1 R.C.S. 731.

The trial judge then proceeded to consider the evidence.

In respect of count (1), the trial judge found that the Crown had proved the existence of an agreement among all the respondents to add a 3 per cent charge to their list prices for certain parts of a "captive" nature on which they themselves had to pay freight. He concluded, though, that the offence itself had not been made out because the agreement had no effect on competition in the market.

He also acquitted the respondents on the charge contained in count (2). He found that there was evidence of a meeting at which it was agreed to impose a 10 per cent surcharge but said that the agreement was not intended, nor shown, to have any effect on competition.

As regards count (3), the trial judge found an agreement between Katila and Chatwin but held that the Crown had failed to show that the agreement would have effected or did effect an undue lessening of competition.

The Crown appealed the acquittals on counts (1) and (2) to the British Columbia Court of Appeal. The Notice of Appeal alleged that eleven errors of law had been committed by the trial judge. These errors are as follows:

1. That the learned trial judge erred in law in his interpretation of what constitutes preventing or lessening competition within the meaning of section 32(1)(*c*) of the Combines Investigation Act.

2. That the learned trial judge erred in law in deciding that with respect to Count 1, the Crown was required not only to prove an agreement to pass on a 3% charge reflecting an increase in freight rates in relation to captive automobile parts, but was also required to prove that this agreement was intended as a device for controlling prices and thereby limiting competition.

3. That the learned trial judge erred in law in deciding that with respect to Count 2, the Crown was required not only to prove an agreement to pass on

Le juge du procès a alors examiné la preuve.

Relativement au premier chef, le juge du procès a conclu que le ministère public avait prouvé que toutes les intimées s'étaient entendues pour ajouter des frais de 3 pour cent aux prix courants de certaines pièces «exclusives» dont elles devaient elles-mêmes payer le transport. Il a conclu, cependant, que l'infraction n'avait pas été établie parce que l'entente n'avait aucun effet sur la concurrence.

Il a également acquitté les intimées de l'accusation contenue au deuxième chef. Il a conclu qu'on avait fait la preuve d'une rencontre au cours de laquelle il avait été convenu d'imposer une majoration de 10 pour cent, mais il a dit que l'entente n'avait pas pour but d'influer sur la concurrence et que l'on n'avait prouvé aucun effet semblable.

Quant au troisième chef, le juge du procès a conclu qu'il y avait une entente entre Katila et Chatwin, mais il a jugé que le ministère public n'avait pas établi que l'entente aurait entraîné ou avait entraîné une diminution indue de la concurrence.

Le ministère public a interjeté appel des acquittements sur les premier et deuxième chefs à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'avis d'appel alléguait que le juge du procès avait commis onze erreurs de droit. Les voici:

[TRADUCTION]

1. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit dans son interprétation de ce que constitue la prévention ou la diminution de la concurrence au sens de l'al. 32(1)*c*) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.
2. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en décidant quant au premier chef que le ministère public devait non seulement prouver une entente pour ajouter des frais de 3 p. cent correspondant à une augmentation des frais de transport de pièces détachées exclusives, mais qu'il devait également prouver que cette entente était conçue comme un moyen de contrôler les prix et, donc, de limiter la concurrence.
3. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en décidant quant au deuxième chef que le ministère public devait non seulement prouver une

a further 10% charge reflecting labour costs in relation to captive automobile parts, but was also required to prove that this agreement was intended as a device for controlling prices and thereby limiting competition.

4. That the learned trial judge erred in law in that he misdirected himself as to the intention necessary to constitute an offence under Section 32(1)(*c*) of the Combines Investigation Act.

5. That the learned trial judge erred in law by considering the motives of the parties to the agreements as a factor in the determination of whether such agreements were unlawful.

6. That the learned trial judge erred in holding that he could not as a matter of law find a common agreement between the Ford dealers and the General Motors dealers as to the addition of a common 3% freight charge.

7. That the learned trial judge erred in holding that he could not, as a matter of law, find a common agreement between the Ford dealers and the General Motors dealers as to the addition of a common 10% surcharge.

8. That the learned trial judge erred by holding that it is at law necessary for the unlawful agreement contemplated in section 32(1)(*c*) of the Combines Investigation Act to fix a common price or follow a common pricing formula or listing.

9. That the learned trial judge erred in law in holding that a common surcharge, not in any way related to a common pricing policy, can have no effect upon competition.

10. That the learned trial judge erred in law in finding there was no evidence of any minimum or base prices to which the common 3% freight charge was agreed to be added.

11. That the learned trial judge erred in law in finding there was no evidence of any minimum or base price to which the common 10% surcharge was agreed to be added.

The appellant's factum, in stating the order which it is desired this Court should make, seeks an order allowing the appeal and directing the

entente de majoration de 10 p. cent correspondant aux coûts de main-d'œuvre relativement aux pièces détachées exclusives, mais qu'il devait également prouver que cette entente était conçue comme un moyen de contrôler les prix et, donc, de limiter la concurrence.

4. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en ce sens qu'il s'est donné des directives erronées quant à l'intention nécessaire pour constituer une infraction à l'al. 32(1)*c*) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

5. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en tenant compte des motifs des parties aux ententes comme facteur pour décider si ces ententes étaient illégales.

6. Que le savant juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il ne pouvait pas, en droit, conclure à l'existence d'une entente commune entre les concessionnaires Ford et General Motors relativement à l'addition des mêmes frais de transport de 3 p. cent.

7. Que le savant juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il ne pouvait pas, en droit, conclure à l'existence d'une entente commune entre les concessionnaires Ford et General Motors relativement à une majoration commune de 10 p. cent.

8. Que le savant juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il est nécessaire, en droit, pour qu'il y ait entente illégale aux termes de l'al. 32(1)*c*) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, de fixer un prix commun ou de suivre une méthode commune de fixation des prix.

9. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en concluant qu'une majoration commune en aucune façon reliée à une politique commune de fixation des prix, ne peut avoir d'effet sur la concurrence.

10. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en concluant à l'absence de preuve quant aux prix minimums ou de base auxquels on avait convenu d'ajouter les mêmes frais de transport de 3 p. cent.

11. Que le savant juge du procès a commis une erreur de droit en concluant à l'absence de preuve quant aux prix minimums ou de base auxquels on avait convenu d'ajouter une majoration commune de 10 p. cent.

Le mémoire de l'appelante, qui formule l'ordre demandé à cette Cour, vise à obtenir que le pourvoi soit accueilli et que la Cour d'appel entende

Court of Appeal to hear the appeal upon grounds 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 and 11. However, in the statement of the points in issue, the error alleged on the part of the Court of Appeal is only as to grounds 1, 2, 3, 8, 9, 10 and 11, and those were the points in issue before this Court.

In the Court of Appeal, the respondents contended that the only questions raised in the appeals to that Court were ones of fact or of mixed fact and law and that, consequently, the Court was without jurisdiction. Seaton J.A., Bull J.A. concurring, allowed the motion and quashed the appeals.

Seaton J.A. dealt with the grounds in groups, as that had been the approach taken by counsel. Grounds 1, 2, 3, 8 and 9 were all seen to involve an alleged error as to the interpretation of the term "competition" in subs. 32(1)(*c*) of the Act. The Crown conceded that the trial judge had accurately stated the applicable principles of law at the beginning of his judgment, but argued that he had subsequently committed errors. The Crown placed particular emphasis on a passage the trial judge had extracted from *The Queen v. The Aluminum Company of Canada et al.*[3] at p. 211, and the reliance that it was alleged he had placed on it. The trial judge had extracted these words:

> ... here there is no evidence whatever of price fixing or common prices and no indication that this was the intended effect. ... I am not aware, and counsel were not aware, of any Canadian decision in which an agreement to pass on a bare increase in cost, in the absence of price-fixing or common prices, was found to be illegal under section 32(1)(*c*) or the equivalent provision previously contained in the *Criminal Code*. In virtually every case that comes to mind, where price competition was held to be lessened, there were common prices fixed.

He had then said:

> So in the present case if price does play an important role, it can only do so because of some agreement to fix a common price or follow a common pricing formula or listing. There was no evidence here of any relationship between the 3% or the 10% surcharges and real prices,

[3] (1976), 29 C.P.R. (2d) 183.

l'appel sur les moyens 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 et 11. Cependant, dans l'énoncé des points en litige, on allègue l'erreur de la Cour d'appel uniquement sur les moyens 1, 2, 3, 8, 9, 10 et 11; ce sont les points en litige devant cette Cour.

Les intimées ont prétendu en Cour d'appel que les seules questions posées à cette cour-là étaient des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit et que, par conséquent, elle n'était pas compétente. Le juge Seaton a accueilli la requête et annulé les appels; le juge Bull était du même avis.

Le juge Seaton a examiné les moyens par groupes comme les avocats les avaient présentés. Il a considéré que les moyens 1, 2, 3, 8 et 9 visaient tous une prétendue erreur dans l'interprétation du mot «concurrence» à l'al. 32(1)*c*) de la Loi. Le ministère public a admis que le juge du procès avait bien énoncé les principes de droit applicables au début de son jugement, mais a prétendu que ce dernier avait commis des erreurs par la suite. Le ministère public a particulièrement insisté sur un passage de la décision *The Queen v. The Aluminum Company of Canada et al.*[3] à la p. 211, que le juge du procès avait cité, et sur l'importance qu'il y aurait accordé. Le juge du procès avait cité le passage suivant:

> [TRADUCTION] ... en l'espèce, il n'y a aucune preuve de fixation de prix ou de prix communs et aucune indication que tel était l'effet voulu. ... Je ne connais aucune décision canadienne, et les avocats n'en connaissaient pas non plus, dans laquelle, en l'absence de fixation de prix ou de prix communs, une entente pour transmettre une stricte augmentation de frais ait été jugée illégale en vertu de l'al. 32(1)*c*) ou d'une disposition équivalente contenue auparavant dans le *Code criminel*. Dans virtuellement tous les cas qui viennent à l'esprit, où l'on a conclu à une diminution de la concurrence des prix, des prix communs avaient été établis.

Il a ensuite ajouté:

> [TRADUCTION] Aussi, en l'espèce, si le prix joue vraiment un rôle important, ce ne peut être qu'en raison d'une entente visant à établir un prix commun ou une méthode commune de fixation des prix. Il n'y a en l'espèce aucune preuve de l'existence d'un lien entre les

[3] (1976), 29 C.P.R. (2d) 183.

since the respective dealers did not agree to fix common prices or price lists.

I am aware there were manufacturers' master sheets with suggested retail prices. But there is no suggestion in the evidence that these master sheets were followed carefully by the distributors, even between the two dealers of General Motors products in the same town of Port Alberni. So whatever the agreement was between the parties, there was no apparent effect on real prices, since there was no base price on which agreements took effect.

Seaton J.A. noted that the trial judge had correctly stated the relevant principles of law at the outset of his judgment. He then went on to say:

What Mr. Justice Rothman said in the *Aluminum* case may be very good common sense or very bad common sense; but it was not law. If that reasoning is not applicable to this case, then the trial judge might have been wrong in adopting it, but it was not error of law. The fact that logic is found in a decision does not make it law. Mr. Justice Rothman was not stating and did not purport to be stating that it would be wrong in law to find that an agreement to pass on a bare increase in cost can constitute a breach of section 32(1)(*c*). Indeed, he specifically rejected that suggestion later in his judgment. The part that I have read is now reported at page 211 of the Canadian Patent Reporter. At page 213 of that report, this is said:

> "I do not wish to suggest that an agreement to increase prices is, in itself, always insufficient to constitute a 'lessening of competition', . . ."

and he went on in a similar vein. I think it quite clear that Mr. Justice Rothman did not purport to be stating law and I think it equally clear that the trial judge here did not understand the judgment in the *Aluminum* case, that part of it at any rate, to be a statement of law. The learned trial judge adopted the reasoning, not in the sense of adopting law but as adopting reasoning that appealed to him, and it has apparently appealed to others. But it is reasoning in answering the second question, that is, whether or not there was or would be an undue lessening of competition.

There were other specific errors alleged in this group or groups of appeal with which I am now dealing, but I think it unnecessary to go through them separately. They raise, in my view, question of fact—they are stated as issues of law but, as such, they lack reality. By taking phrases out of context and putting before them the words "The trial judge erred in law in finding" one can

majorations de 3 p. cent ou de 10 p. cent et les prix réels, puisque les différents concessionnaires n'ont pas convenu de fixer des prix communs ou d'établir un tarif.

Je sais qu'il existe des tarifs du fabricant qui suggèrent des prix au détail. Mais rien dans la preuve n'indique que les distributeurs les respectaient minutieusement, même pas les deux concessionnaires de General Motors de la même ville, soit Port Alberni. Aussi, quelle qu'ait été l'entente entre les parties, elle n'a pas eu d'effet apparent sur les prix réels puisqu'il n'y avait pas de prix de base auquel les ententes s'appliquaient.

Le juge Seaton a souligné que le juge du procès avait correctement énoncé les principes de droit applicables au début de son jugement. Il a ajouté:

[TRADUCTION] Ce que le juge Rothman a dit dans l'arrêt *Aluminum* peut être tout à fait logique ou tout à fait illogique; mais ce n'était pas un énoncé du droit. Si ce raisonnement n'est pas applicable à la présente affaire, alors le juge du procès a peut-être eu tort de l'adopter, mais ce n'était pas une erreur de droit. Qu'une décision soit logique ne signifie pas qu'elle énonce le droit. Le juge Rothman n'a pas dit et n'a pas voulu dire qu'il serait erroné en droit de conclure qu'une entente pour ajouter une stricte augmentation de coût peut constituer une violation de l'al. 32(1)*c*). En fait, il a précisément rejeté cette prétention plus loin dans son jugement. La partie que j'ai lue est maintenant publiée à la p. 211 du Canadian Patent Reporter. A la page 213 de ce recueil, on lit:

> «Je ne veux pas dire qu'une entente pour augmenter les prix est toujours, en soi, insuffisante pour constituer une «diminution de la concurrence», . . .»

et il a continué dans la même veine. Il est tout à fait clair, je crois, que le juge Rothman n'a pas voulu faire un énoncé du droit et il est tout aussi clair, je crois, que le juge du procès en l'espèce n'a pas interprété l'arrêt *Aluminum*, du moins cette partie, comme un énoncé du droit. Le savant juge du procès a adopté le raisonnement, non dans le sens d'adopter des principes de droit, mais d'adopter un raisonnement qui lui a plu comme il a apparemment plu à d'autres. Mais c'est un raisonnement qui répond à la deuxième question, savoir, s'il y a eu ou s'il y aura une diminution indue de la concurrence.

On a invoqué d'autres erreurs précises dans ce ou ces groupes de moyens d'appel que j'examine maintenant, mais il n'est pas nécessaire, à mon avis, de les étudier séparément. Elles posent, à mon sens, des questions de fait—elles sont formulées comme questions de droit mais, comme telles, elles ne sont pas fondées. En sortant des phrases de leur contexte et en les faisant précéder

create the appearance of an issue of law. But in my view, in this case, when the grounds are tested against the judgment, the appearance is found not to be sound—the issues are really of fact.

Turning to grounds 4 and 5, Seaton J.A. found that in so far as these grounds purported to state issues of law, they did not state questions that arose in this case. The trial judge had not misdirected himself as to the necessary intention. He had mentioned the intention and purpose of the agreements when discussing the surrounding circumstances but that was not an error.

Grounds 6 and 7 were disposed of on the basis that they concerned alternative reasons for finding that the Crown's case had not been made out. It was conceded that unless the main grounds had merit that grounds 6 and 7 were only academic.

Seaton J.A. also found that grounds 10 and 11 disclosed no error in law on the part of the trial judge. The Crown's argument was based on the following passages from the trial judgment:

> So in the present case if price does play an important role, it can only do so because of some agreement to fix a common price or follow a common pricing formula or listing. There was no evidence here of any relationship between the 3% or the 10% surcharges and real prices, since the respective dealers did not agree to fix common prices or price lists.
>
> . . .
>
> They charged 3% of the total list price of the invoice as a freight charge on special order items. But of course they were charging on their own list prices and there is no suggestion that the prices were identical or even similar as between two distributors for the same manufacturer, i.e., Chatwin Motors and Katila Chevrolet. Certainly the list prices were different even for similar parts where the dealer represented a separate manufacturer, as was the case with Meyers Holland and Ohs, who represented Ford Motors.

The Crown relied upon the words "no suggestion" and "no evidence". Seaton J.A. said that those statements were not to be likened to a find-

des mots «le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant», on peut créer une apparence de question de droit. Mais en l'espèce, à mon avis, lorsque l'on rapproche les moyens et le jugement, on constate que l'apparence est mal fondée—il s'agit réellement de questions de fait.

Passant aux moyens 4 et 5, le juge Seaton a conclu que, dans la mesure où ces moyens visent à formuler des questions de droit, ils n'en formulent pas qui se posent en l'espèce. Le juge du procès ne s'est pas donné des directives erronées quant à l'intention nécessaire. Il a mentionné l'intention et l'objet des ententes dans son analyse des événements, ce qui ne constitue pas une erreur.

Les moyens 6 et 7 ont été tranchés sur le fondement que ce sont des motifs subsidiaires de la conclusion du juge du procès portant que le ministère public n'a pas prouvé l'accusation. On a admis que si les moyens principaux n'étaient pas fondés, les moyens 6 et 7 étaient purement théoriques.

Le juge Seaton a également conclu que les moyens 10 et 11 ne révèlent aucune erreur de droit de la part du juge du procès. L'argument du ministère public est fondé sur les passages suivants du jugement de première instance:

> [TRADUCTION] Aussi, en l'espèce, si le prix joue vraiment un rôle important, ce ne peut être qu'en raison d'une entente visant à établir un prix commun ou une méthode commune de fixation des prix. Il n'y a en l'espèce aucune preuve de l'existence d'un lien entre les majorations de 3 p. cent ou de 10 p. cent et les prix réels, puisque les différents concessionnaires n'ont pas convenu de fixer des prix communs ou d'établir un tarif.
>
> . . .
>
> Ils ont ajouté un montant de 3 p. cent du prix courant total porté à la facture à titre de frais de transport sur les commandes spéciales. Mais, bien sûr, ils les ajoutaient à leurs propres prix courants et il n'y a aucune allégation que deux distributeurs du même fabricant, c.-à-d., Chatwin Motors et Katila Chevrolet, pratiquaient des prix identiques ou même semblables. Les prix courants étaient certainement différents même pour des pièces semblables lorsque le concessionnaire représentait un autre fabricant comme Meyers Holland et Ohs, qui représentaient Ford Motors.

Le ministère public s'est appuyé sur les mots «aucune allégation» et «aucune preuve». Selon le juge Seaton, ces déclarations ne devaient pas être

ing of no evidence at the end of a Crown case. The trial judge had simply found that on the evidence it was not shown that there was a base price.

Craig J.A. was of the view that motions of this kind should only be granted in the clearest cases and he dissented from the opinion of the majority. He said:

The appellant has, as my brother presiding mentioned, raised 11 grounds. The respondents concede that two of them, namely, grounds 6 and 7, do raise questions of law alone. Both counsel agree, however, that these are, in effect, alternative reasons for a finding of guilt or acquittal, and a decision with respect to them would be academic if a judge found that there was competition but that it had not been unduly lessened by that agreement.

The grounds of appeal, on their face, in my view, do raise questions of law. With deference, I think there are some parts of the judgment which could be related to these particular grounds. Grounds 1, 2, 3, 8 and 9 have been lumped together by counsel for the appellant. Ground 1, of course, makes the broad statement that the judge erred in law in his interpretation of what constitutes preventing or lessening competition within the meaning of Section 32(1)(*c*) of the Combines Investigation Act. Grounds 2 and 3 refer specifically to the fact that the judge erred by imposing a burden on the Crown which should not have been imposed, namely, that the Crown also had to prove that the agreement was intended as a device for controlling prices and therefore limiting competition.

As I say, looking at the judgment and taking some statements out of context, I think there is some support for these propositions.

Grounds 4 and 5, in my view, perhaps do not really raise an issue of law alone.

Grounds 10 and 11, with deference to my brother presiding, do, in my opinion, raise questions of law alone. In my opinion, when a judge asserts that there is no evidence upon which to make a certain finding, and the appellant alleges that that particular issue is an essential issue in the case, then the judge has erred in law.

Craig J.A. went on to say:

I feel constrained to say, however, that had we heard the appeal completely on the merits (and I am not

assimilées à une conclusion d'absence de preuve à la fin des plaidoiries du ministère public. Le juge du procès a tout simplement conclu que, compte tenu de la preuve, l'existence d'un prix de base n'était pas prouvée.

Le juge Craig était d'avis que des requêtes de cette nature ne devraient être accordées que dans des cas très clairs et il n'a pas partagé l'opinion de la majorité. Il a dit:

[TRADUCTION] Comme mon collègue le juge président l'a dit, l'appelante a soulevé 11 moyens. Les intimées reconnaissent que deux d'entre eux, savoir les moyens 6 et 7, posent des questions de droit seulement. Cependant, les deux avocats ont admis que ces moyens constituent en fait des motifs subsidiaires pour conclure à la culpabilité ou à l'acquittement, et qu'une décision sur ces moyens serait théorique si un juge concluait qu'il y avait concurrence mais que cette entente ne l'avait pas diminuée indûment.

A mon avis, les moyens d'appel posent, à première vue, des questions de droit. Avec égards, j'estime que certaines parties de la décision peuvent être reliées à ces moyens particuliers. L'avocat de l'appelante a réuni les moyens 1, 2, 3, 8 et 9. Le premier moyen, bien sûr, déclare de façon générale que le juge a commis une erreur de droit dans son interprétation de ce que constitue la prévention ou la diminution de la concurrence au sens de l'al. 32(1)*c*) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Les moyens 2 et 3 renvoient particulièrement à l'erreur que le juge a commise en imposant un fardeau injuste au ministère public savoir, qu'il devait également établir que l'entente visait à contrôler les prix et, donc, à limiter la concurrence.

Comme je l'ai dit, si l'on examine le jugement et que l'on sorte certaines phrases de leur contexte, ces propositions ont, je crois, un certain fondement.

A mon avis, les moyens 4 et 5 ne posent peut-être pas vraiment une question de droit seulement.

Avec égards pour mon collègue le juge président, les moyens 10 et 11 posent à mon avis des questions de droit seulement. Lorsqu'un juge affirme qu'aucune preuve ne lui permet de tirer une conclusion donnée et que l'appelante allègue que cette question particulière est essentielle, le juge commet alors une erreur de droit.

Le juge Craig poursuit:

[TRADUCTION] Je suis toutefois forcé de dire que si nous avions complètement entendu l'appel au fond (et je

entirely sure that we have not), I would have been disposed to dismiss the appeal, because I think the judgment, taken in its entirety, indicates that the judge did in fact direct himself as to the proper principles and that he did in fact, although he did not say so expressly, with regards to grounds 1 and 2, make a finding that the agreement did not unduly lessen competition. However, in the circumstances, I would dismiss the motion.

I am in agreement with the conclusions reached by Seaton J.A. Read as a whole, and considering the substance of the trial judgment, the trial judge, after instructing himself as to the legal principles applicable, came to the conclusion, on the evidence, that the Crown had not established that the respondents had agreed to lessen competition unduly. Some passages in the judgment, taken out of context, if considered as stating propositions of law, might be subject to attack. The reference to the judgment of Rothman J. in *The Queen v. The Aluminum Company of Canada et al., supra*, was, perhaps, unfortunate, but like Seaton J.A. I do not construe the trial judgment as stating as a proposition of law that the Crown, to succeed in a prosecution under subs. (1) of s. 32 of the *Combines Investigation Act*, must prove that the agreement was intended as a device for controlling prices, or that the Crown must prove that the agreement contemplated the fixing of a common price; nor as stating as a proposition of law that a common surcharge can have no effect upon competition.

In *Regina v. Odeon Morton Theatres Ltd. and United Artists Corporation*[4], Chief Justice Freedman, considering the right of the Crown to appeal from an acquittal, said at p. 304:

Manifestly the problem whether the appeal involves a question of law alone is not one to be determined in the abstract but rather against the actualities of the record. It is not usually difficult for an experienced Crown counsel to frame the appeal in language suggesting that a question of law is there involved. In that way a prima facie basis for the court's jurisdiction to hear the appeal is made to appear. But a ground of appeal thus framed may on analysis prove to be without validity, for one of two reasons. It may, in the first place, be wholly without support in the record—a theoretically good ground

[4] [1974] 3 W.W.R. 304.

ne suis pas tout à fait sûr que nous ne l'ayons pas fait), j'aurais été d'avis de rejeter l'appel parce que j'estime que le jugement, pris dans son ensemble, indique que le juge s'est effectivement donné les directives appropriées et qu'il a, en fait, conclu relativement aux moyens 1 et 2 que l'entente n'a pas indûment diminué la concurrence bien qu'il ne l'ait pas dit expressément. Cependant, dans les circonstances, je suis d'avis de rejeter la requête.

Je souscris aux conclusions du juge Seaton. Si l'on considère globalement et dans son essence le jugement de première instance, on constate qu'après s'être donné des directives sur les principes de droit applicables, le juge du procès a conclu, compte tenu de la preuve, que le ministère public n'avait pas établi que les intimées avaient convenu de diminuer indûment la concurrence. Certains passages du jugement, pris hors contexte, pourraient être contestés si on les considère comme des énoncés du droit. Le renvoi à la décision du juge Rothman dans *The Queen v. The Aluminum Company of Canada et al.*, précité, est peut-être regrettable mais, comme le juge Seaton, je ne vois pas dans le jugement de première instance d'énoncé de droit suivant lequel, pour réussir dans une poursuite en vertu du par. 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le ministère public doit établir que l'entente visait à contrôler les prix ou que l'entente envisageait la fixation d'un prix commun; je n'y vois pas non plus d'énoncé de droit suivant lequel une majoration commune ne peut avoir d'effet sur la concurrence.

Dans *Regina v. Odeon Morton Theatres Ltd. and United Artists Corporation*[4], le juge en chef Freedman qui examinait le droit du ministère public d'interjeter appel d'un acquittement, a dit à la p. 304:

[TRADUCTION] Évidemment, la question de savoir si l'appel porte sur une question de droit seulement ne doit pas être tranchée dans l'abstrait mais plutôt à partir de la réalité qui se dégage du dossier. Ordinairement il n'est pas difficile pour un substitut expérimenté de formuler l'appel en des termes qui laissent entendre qu'une question de droit est en jeu. De cette façon, on crée une apparence de fondement pour la compétence de la cour à connaître de l'appel. Mais un moyen d'appel ainsi formulé peut, à l'analyse, se révéler sans fondement pour l'une des deux raisons suivantes. D'abord, il peut

[4] [1974] 3 W.W.R. 304.

poised, as it were, in the air but not rooted in the factual situation facing the court. Or, secondly, it may on examination prove to involve questions of fact rather than of law. Its form may give jurisdiction but its substance deny it. It is in the light of these considerations that the present grounds of appeal must be tested.

"Against the actualities of the record" in the present case, it is my opinion that the trial judge, fully cognizant of the applicable legal principles, decided on the facts that the Crown had failed to prove commission of the offences charged in counts (1) and (2).

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Ladner, Downs, Vancouver.

n'avoir aucun fondement au dossier,—un bon moyen théorique qui plane, pourrait-on dire, dans l'air mais qui n'est aucunement rattaché à la situation de fait présentée à la cour. Ou, deuxièmement, un examen peut révéler qu'il comporte des questions de fait plutôt que des questions de droit. Il peut y avoir compétence d'après la forme mais non d'après le fond. C'est en fonction de ces considérations que les présents moyens d'appel doivent être analysés.

«A partir de la réalité qui se dégage du dossier» en l'espèce, je suis d'avis que le juge du procès, pleinement instruit des principes juridiques applicables, a décidé, compte tenu des faits, que le ministère public n'avait pas réussi à prouver la perpétration des infractions imputées dans les premier et deuxième chefs.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimées: Ladner, Downs, Vancouver.

Schreiber Brothers Limited (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Currie Products Limited (*Defendant*) and **Gulf Oil Canada Limited** (*Third Party*) *Respondents.*

1980: March 10; 1980: March 27.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson and Beetz JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Implied condition of merchantability — Burden of proof — Right of appellate court to interfere with findings of fact by trial judge — The Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, c. 358, s. 15(2).

The appellant, an experienced roofing contractor, undertook to replace a large sized roof at a Ford Motor Co. plant in Windsor. For this purpose it purchased a certain type of asphalt from the respondent, Currie Products Limited, a supplier of that product which was manufactured by the third party, Gulf Canada Limited, the other respondent. The action arose out of a claim for damages for breach of the implied condition of merchantability under s. 15(2) of *The Sale of Goods Act*. It was conceded that if Currie was found liable it would have an enforceable claim against Gulf. The trial judge, after a lengthy review of the evidence, gave judgment for the appellant for $68,291.88. The Ontario Court of Appeal set aside the trial judgment and dismissed the action.

Held: The appeal should be allowed.

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that there were no causes other than a defect in the asphalt to account for the failure of the roof, and both were satisfied that the roof failed in ordinary use. The difference of the Court of Appeal with the trial judge was on a narrow issue of the credibility of certain evidence which in turn resulted in ascribing to the appellant a burden of proof which, in the trial judge's view of the law, had been met.

It would be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing.

Schreiber Brothers Limited (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Currie Products Limited (*Défenderesse*) et **Gulf Oil Canada Limitée** (*Mise en cause*) *Intimées.*

1980: 10 mars; 1980: 27 mars.

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

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

Contrats — Condition implicite de qualité marchande — Fardeau de la preuve — Droit d'une cour d'appel d'intervenir dans les conclusions de fait du juge de première instance — The Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, chap. 358, art. 15(2).

L'appelante, un couvreur expérimenté, s'est engagée à remplacer un toit de grande dimension d'une usine de Ford Motor Co. à Windsor. Pour ce faire, elle a acheté un certain type d'asphalte à l'intimée, Currie Products Limited, qui fournissait ce produit fabriqué par la mise en cause, Gulf Canada Limitée, l'autre intimée. L'action découle d'une demande en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande prévue au par. 15(2) de *The Sale of Goods Act*. S'il est admis que Currie est déclarée responsable, elle pourra recouvrer des dommages-intérêts de Gulf. Après un examen exhaustif de la preuve, le juge de première instance a accordé à l'appelante la somme de $68,291.88. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le jugement de première instance et rejeté l'action.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont été convaincus que la détérioration du toit était due à un vice, et les deux sont convaincus que le toit s'est détérioré à l'usage normal. Le point de désaccord entre la Cour d'appel et le juge de première instance porte sur une question étroite, savoir la crédibilité d'une preuve donnée, ce qui a eu pour conséquence d'imposer à l'appelante un fardeau de preuve, dont, selon l'interprétation du droit faite par le juge de première instance, elle s'était acquittée.

Lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète.

There is no doubt that the appellant, suing for damages for breach of the implied condition of merchantable quality, has the burden of proof of excluding its faulty workmanship as a probable cause of the blistering of the asphalt, and of excluding other probable causes after the asphalt was delivered. Whether or not there was a defect in the asphalt when it left the Gulf plant, there was still the fact of a defect in a product emanating from the respondents, and the state of the evidence was such as to make it specially appropriate for the trial judge to make inferences from what was put before him.

Annable v. Coventry (1912), 46 S.C.R. 573; *Cities Service Oil Co. v. Rubel* (1930), 66 O.L.R. 475; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Prudential Insurance Co. Ltd. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Hood v. Hood*, [1972] S.R.C. 244; *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*, [1949] O.R. 135, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario, reversing a judgment of the Supreme Court of Ontario. Appeal allowed.

Warren H. O. Mueller, for the appellant.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *Elizabeth Stewart*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, arises out of a claim for damages for breach of the implied condition of merchantability under s. 15(2) of *The Sale of Goods Act*, R.S.O. 1960, c. 358, the relevant statute at the material time. The plaintiff is an experienced roofing contractor who undertook to replace a large sized roof at a Ford Motor Co. plant in Windsor. For this purpose it purchased a certain type of asphalt from the defendant, Currie Products Limited, a supplier of that product which was manufactured by the third party, Gulf Canada Limited. In this Court, Currie and Gulf were represented by the same counsel, it being conceded that if Currie was found liable it would have an enforceable claim over Gulf.

The trial judge, Henry J. of the Ontario Supreme Court, after a lengthy review of the

Il ne fait aucun doute qu'il revenait à l'appelante, qui poursuit en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande, d'exclure l'exécution fautive des travaux comme cause probable des boursouflures de l'asphalte et d'exclure d'autres causes probables après la livraison de l'asphalte. Qu'il y ait eu ou non un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté l'usine de Gulf, il reste le fait qu'il y avait un vice dans un produit provenant des intimées et l'état de la preuve était tel que le juge de première instance était particulièrement justifié de faire des déductions de ce qui lui était soumis.

Jurisprudence: *Annable c. Coventry* (1912), 46 R.C.S. 573; *Cities Service Oil Co. v. Rubel* (1930), 66 O.L.R. 475; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*, [1935] A.C. 243; *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244; *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*, [1949] O.R. 135.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait infirmé un jugement de la Cour suprême de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

Warren H. O. Mueller, pour l'appelante.

D. K. Laidlaw, c.r., et *Elizabeth Stewart*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, découle d'une demande en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande prévue au par. 15(2) de *The Sale of Goods Act*, R.S.O. 1960, chap. 358, la loi pertinente à l'époque en cause. La demanderesse, un couvreur expérimenté, s'est engagée à remplacer un toit de grande dimension d'une usine de Ford Motor Co. à Windsor. Pour ce faire, elle a acheté un certain type d'asphalte à la défenderesse, Currie Products Limited, qui fournissait ce produit fabriqué par la mise en cause, Gulf Canada Limitée. Currie et Gulf sont représentées par le même avocat devant cette Cour, puisqu'il est admis que si Currie est déclarée responsable, elle pourra recouvrer des dommages-intérêts de Gulf.

En première instance, le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario, après un examen exhaustif

evidence, gave judgment for the plaintiff for $68,291.88 and costs. He said this, in the concluding pages of his reasons:

> In my opinion therefore, I am left with the probability that the fault lay with the product. I do not overlook the evidence that no such defect was experienced with Gulf's Type 3 BUR before or since. That is a formidable record and I take it into account. However, on a common sense and practical view of all the evidence I am constrained to find on the balance of probabilities that the failure of the roof was caused by a latent defect in the Type 3 asphalt and that that defect could not be detected by prior inspection. It is not necessary to identify precisely in chemical terms what that defect was and I do not attempt to do so. It is sufficient that, however it is identified, it caused the asphalt to behave in such a way that it was useless for the purpose of constructing the built-up roof in question.

There is no issue as to the quantum of damages if the plaintiff is entitled to succeed.

The Ontario Court of Appeal, speaking through Weatherston J.A., set aside the trial judgment and dismissed the action, saying this:

> The finding that the asphalt contained a latent defect was an inference based on the exclusion of other known probable causes of the blistering, and the acceptance of a scientific theory which postulated the existence of a defect in the asphalt. The scientific theory simply does not stand up to analysis. Assuming that it was not necessary to identify the gas, the plaintiff still had to show that some gas could probably be generated at roof temperatures because of a defect in the asphalt. That has not been shown, and an inference cannot fairly be drawn that the failure of the roof was caused by the existence of such a defect. The plaintiff's case fails for want of proof.
>
> . . .
>
> The trial judge found that there was a latent defect in the asphalt, but with respect, he never directed his mind to the crucial issue whether that defect existed in the asphalt when it left the Gulf Oil plant. The burden of proof was on the plaintiff and plaintiff failed to meet it. On this ground also, I would allow the appeal.

de la preuve, a accordé à la demanderesse la somme de $68,291.88 plus les dépens. Dans les dernières pages de ses motifs, il dit:

> [TRADUCTION] Par conséquent, à mon sens, il me reste la probabilité du défaut du produit. Je n'oublie pas la preuve selon laquelle jamais avant, ni depuis, le produit BUR type 3 de Gulf n'a révélé un défaut semblable. C'est tout à fait remarquable et j'en tiens compte. Toutefois, une analyse logique et pratique de l'ensemble de la preuve me force à conclure, d'après la prépondérance des probabilités, qu'un vice caché dans l'asphalte de type 3 est à l'origine de la détérioration du toit et qu'une inspection préalable n'aurait pu le déceler. Il n'est pas nécessaire de décrire en termes chimiques le vice dont il est question et je n'entends pas le faire. Il suffit de dire que, qu'elle qu'en soit la description, ce vice a rendu l'asphalte impropre à la construction du toit multicouche.

Le quantum des dommages-intérêts ne sera pas contesté s'il est fait droit à la réclamation de la demanderesse.

La Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge Weatherston, a infirmé le jugement de première instance et rejeté l'action pour le motif suivant:

> [TRADUCTION] La conclusion selon laquelle l'asphalte comportait un vice caché découle d'une déduction fondée sur l'exclusion d'autres causes connues qui ont pu être à l'origine des boursouflures et sur l'adoption d'une théorie scientifique qui pose comme postulat l'existence d'un vice dans l'asphalte. La théorie scientifique ne résiste simplement pas à l'analyse. Même si l'on présume qu'il n'était pas nécessaire d'identifier le gaz, il reste que la demanderesse était tenue de prouver qu'un vice dans l'asphalte pouvait probablement causer la formation de vapeurs gazeuses à la température du toit. Cela n'a pas été prouvé et l'on ne peut à bon droit en déduire que la détérioration du toit résulte d'un vice semblable. La demanderesse échoue vu l'insuffisance de preuve.
>
> . . .
>
> Le juge de première instance a conclu à un vice caché dans l'asphalte. Mais, avec égards, il ne s'est jamais attaché à la question principale, savoir si ce vice existait lorsque ce produit a quitté l'usine de Gulf Oil. La demanderesse sur qui reposait le fardeau de la preuve, n'a pas réussi à s'en acquitter. Pour ce motif également je suis d'avis d'accueillir l'appel.

There are various findings of fact, most of them concurrent findings, which lay behind the different conclusions of the two Courts and I shall come to them shortly. The roofing process and the nature of the damage which occurred are described as follows in the reasons of the Court of Appeal (after referring to the plaintiff's contract to lay a built-up roof, being a sloping and not a flat roof):

> ... That is a roof by which a waterproof membrane is formed by applying alternate layers of asphalt and asbestos felt on to the roof surface. The asphalt is brushed on at a temperature of about 425°F; that is well below its distillation point, but the asphalt is viscous enough that it can be easily brushed on. The felt may contain 5% by weight, or even more, of water; the temperature of the asphalt is high enough to drive this off; that causes a certain amount of bubbling for a few seconds. The felt is perforated to allow the escape of the steam, since the layer of felt must be applied before the asphalt has had time to cool and harden.
>
> The work was commenced in April, 1967 and continued over a period of 15 months. The roof failed because large blisters formed in the membrane, caused by the expansion of some gas or water vapour. Some blistering was noticed as early as September, 1967 but was not regarded as serious until about two years after the work had commenced, when it was realized that the problem was general and serious.
>
> The blistering was not such as has ever been encountered before by any of the witnesses, lay or expert. A small amount of blistering is usually encountered, resulting from entrapped water vapour, but this type of blistering has usual characteristics which make it readily identifiable. The blistering which occurred on this roof was quite different.

The trial judge found that the blistering that occurred could not be attributed to faulty workmanship on the part of the plaintiff and this finding was not questioned by the Court of Appeal. The finding that there was no faulty workmanship carried with it a finding, explicitly made by the trial judge, that the plaintiff did not allow air and water vapour to get in between the plys to produce the blistering. There was also a concurrent finding that the asphalt reached the plaintiff without any intermediate intermeddling and in the

Les conclusions différentes des deux cours reposent sur plusieurs conclusions de fait, la plupart d'entre elles concordantes. Je les étudierai ci-après. Après avoir fait état du contrat conclu par la demanderesse pour la pose d'une couverture multicouche sur un toit en pente et non en terrasse, la Cour d'appel décrit dans ses motifs le procédé de pose du toit et la nature des dommages subis comme suit:

> [TRADUCTION] ... Il s'agit d'un toit où la membrane d'étanchéité est formée par l'application en alternance de couches d'asphalte et de feutre d'amiante. L'asphalte est répandu à une température d'environ 425°F; cette température est bien inférieure au point de distillation, mais l'asphalte est alors suffisamment visqeux pour être facilement étendu. Le feutre peut contenir 5 p. cent d'eau, ou même plus, par volume; la température de l'asphalte est suffisamment élevée pour provoquer l'évaporation de l'eau, ce qui cause une certaine effervescence pendant quelques secondes. Le feutre est perforé afin de permettre à la vapeur de s'échapper puisque la couche de feutre doit être appliquée avant que l'asphalte ait eu le temps de refroidir et de durcir.
>
> Les travaux ont débuté en avril 1967 et se sont poursuivis pendant 15 mois. La détérioration du toit provient de la formation de grandes cloques dans la membrane par suite de la dilatation de gaz ou de vapeur d'eau. Des boursouflures sont apparues dès septembre 1967; mais la situation n'a pas été considérée comme grave jusqu'à ce qu'on se rende compte, deux ans après la date du début des travaux, que ce problème était généralisé et grave.
>
> Ce type de boursouflures est inconnu des témoins, experts et autres. Il est normal de voir se former un petit nombre de boursouflures, ce qui est dû au blocage de la vapeur d'eau, mais ce type de boursouflures possède des caractéristiques connues qui les rendent facilement identifiables. Or les boursouflures en cause sont tout à fait différentes.

Le juge de première instance a conclu que les boursouflures ne pouvaient être attribuées à l'exécution fautive des travaux par la demanderesse et cette conclusion n'a pas été mise en doute par la Cour d'appel. La conclusion qu'il n'y a pas eu de faute d'exécution emporte une constatation, explicitement faite par le juge de première instance, que la demanderesse a empêché l'air et la vapeur d'eau de pénétrer entre les couches, évitant ainsi la formation de boursouflures. Une conclusion concordante porte que l'asphalte a été livré à la

same condition in which it left the manufacturer, which had followed controlled and customary procedures in producing the asphalt. The trial judge was satisfied on the evidence that there were no causes other than a defect in the asphalt to account for the failure of the roof, thus eliminating any suggestion or contention that there was anything wrong with the felts or with the baseboard or with the inspection. The Court of Appeal accepted this assessment by the trial judge.

Both the trial judge and the Court of Appeal were satisfied that the roof failed in ordinary use. However, while the trial judge concluded that since other probable causes had been eliminated there was probably a latent defect in the asphalt, the Court of Appeal concluded that it was incumbent on the plaintiff to prove, even if not required to identify the defect, that the defect existed in the asphalt when it left the Gulf plant. The cause of the failure, said the Court of Appeal, was an enigma and there was a burden of proof on the plaintiff which it failed to meet. Alternatively, the Court of Appeal held that even if there was a defect in the asphalt it was not shown that the defect had not infected the asphalt after it left the Gulf plant. This basis of decision runs, of course, counter to the finding of the trial judge excluding other probable causes after the asphalt left the manufacturer.

It was not, of course, fatal to the plaintiff's case that the deterioration of the roof through the blistering formation was unlike anything seen by the expert witnesses. Their evidence indicated that the particular blistering was not that which would be produced by trapped air or water, and this was relied on by the trial judge in coming to his conclusion. He also accepted the evidence of a Dr. Horsch who said that he had heated a sample of the roof to 180°F. (summer roof temperature) and that it gave off a gas which was like formic acid. The witness did not keep a sample and was unable to produce the result again at the trial. Gulf challenged the evidence of Dr. Horsch, alleging

demanderesse sans avoir été manipulé par un intermédiaire et dans l'état où il était lorsqu'il a quitté l'usine du fabricant qui, de son côté, avait respecté les procédures de contrôle habituelles de production de l'asphalte. La preuve a convaincu le juge de première instance que la détérioration du toit était due à un vice de l'asphalte et non à une autre cause, éliminant ainsi toute suggestion ou prétention que les feutres, la base de planche ou l'inspection aient été défectueux. La Cour d'appel a fait sienne cette conclusion du juge de première instance.

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont été convaincus que le toit s'est détérioré à l'usage normal. Cependant, tandis que le juge de première instance a conclu à l'existence probable d'un vice caché dans l'asphalte, vu l'élimination d'autres causes probables de détérioration, la Cour d'appel a conclu que, tout en n'étant pas tenue d'identifier le vice, la demanderesse devait prouver que le défaut de l'asphalte existait lorsque ce produit a quitté l'usine de Gulf. La cause de la détérioration, selon la Cour d'appel, reste un mystère et la demanderesse n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait. La Cour d'appel a conclu, subsidiairement, que même s'il y avait un vice dans l'asphalte, il n'a pas été prouvé que ce vice n'est pas apparu après que ce produit eut quitté l'usine de Gulf. Ce fondement de la décision va bien entendu à l'encontre de la conclusion du juge de première instance qui a écarté d'autres causes probables nées après que l'asphalte eut quitté le fabricant.

Il n'est bien sûr pas rédhibitoire pour la cause de la demanderesse que la détérioration du toit due à la formation de boursouflures soit un phénomène inconnu des témoins experts. Selon leurs témoignages, les boursouflures en question ne sont pas de celles que produirait la présence d'eau ou d'air piégés. Le juge de première instance s'est fondé sur ce point pour parvenir à sa conclusion. Il a également accepté le témoignage de M. Horsch qui a affirmé avoir fait chauffer un échantillon du toit à 180°F (soit la température d'un toit en été) et qu'il s'était échappé un gaz semblable à de l'acide formique. Le témoin, qui n'avait pas conservé d'échantillon, n'a pu reproduire le résultat à l'au-

that what he obtained was water vapour and that it could not have been any substance that gasified at 180°F. because the reaction would be about 8,000 times faster at 425°F. to 450°F., which was the temperature at which the asphalt was applied. In such a case, any gas would have bubbled off during application of the asphalt and the extensive bubbling and foaming would have been noticed during the 15-month period over which the work proceeded, but no note was made under the heading "foaming" on the inspection sheets. The trial judge, in accepting the evidence of Dr. Horsch, said that he was fortified in doing so by his finding that no air or water had been trapped in the roofing operations. Although not knowing what the gas was or how it got into the asphalt, the trial judge held that the plaintiff did not have to establish this when other causes had been eliminated.

dience. Gulf a contesté le témoignage de M. Horsch: elle a allégué que la substance obtenue n'était que de la vapeur d'eau et qu'il ne pouvait s'agir d'une substance qui se gazéifiait à 180°F car la réaction serait environ 8,000 fois plus rapide à une température de 425°F à 450°F, soit la température de l'asphalte au moment où il a été étendu. Dans une situation semblable, n'importe quel gaz aurait formé des bulles au cours de l'application de l'asphalte et on aurait constaté, durant les travaux, soit durant une période de quinze mois, une formation considérable de bulles et de mousse; mais rien n'a été inscrit sous la rubrique «formation de mousse» sur les feuilles d'inspection. Le juge de première instance a dit trouver appui à son acceptation du témoignage de M. Horsch dans sa conclusion qu'au cours des opérations de pose de la toiture, ni air ni eau n'avaient été piégés. Bien qu'il ne connaisse pas la nature du gaz ni la manière dont il s'est infiltré dans l'asphalte, le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas à le démontrer puisque les autres causes avaient été écartées.

It was in this respect that the Court of Appeal differed from the trial judge, finding the evidence of Dr. Horsch incredible and requiring proof that a defect existed in the asphalt when it left the manufacturer's plant. In view of the various concurrent findings which I have mentioned, the difference of the Court of Appeal with the trial judge was on a narrow issue of the credibility of certain evidence which in turn resulted in ascribing to the plaintiff a burden of proof which, in the trial judge's view of the law, had been met.

C'est sur ce point que la Cour d'appel et le juge de première instance diffèrent. En effet, la Cour d'appel a conclu que le témoignage de M. Horsch n'était pas vraisemblable et a exigé la preuve de l'existence d'un vice dans l'asphalte au moment où il a quitté l'usine du fabricant. Vu les nombreuses conclusions concordantes dont j'ai fait mention, le point de désaccord entre la Cour d'appel et le juge de première instance porte sur une question étroite, savoir la crédibilité d'une preuve donnée, ce qui a eu pour conséquence d'imposer à la demanderesse un fardeau de preuve, dont, selon l'interprétation du droit faite par le juge de première instance, elle s'était acquittée.

Counsel for Currie and Gulf asserted that this Court should not interfere with the Court of Appeal's assessment of Dr. Horsch's evidence nor with its determination that the plaintiff had a burden of proof to show, on a balance of probabilities, that the asphalt was defective when it left the Gulf plant. A number of cases were cited in support of the Court of Appeal's right to review the trial judge's findings of fact, among them *Annable*

L'avocat de Currie et de Gulf a fait valoir que cette Cour ne devrait pas modifier l'évaluation que la Cour d'appel a faite du témoignage de M. Horsch ni la décision de cette dernière portant qu'il incombait à la demanderesse de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'asphalte était défectueux lorsqu'il a quitté l'usine. Furent citées plusieurs décisions à l'appui du droit de la Cour d'appel de réviser les conclusions de fait

v. Coventry[1] and *Cities Service Oil Co. v. Rubel*[2]. In the latter case, the Ontario Court of Appeal adopted statements in the Privy Council and in the House of Lords that an appellate court is entitled to consider whether, on the evidence, it would have come to the same conclusion as the trial judge or, to put it another way, it can make up its own mind on the evidence, not disregarding the judgment at trial and giving special weight to it where the credibility of witnesses is in issue, but with liberty to draw its own inferences from proved or admitted facts. It appears that this averment in the *Cities Service* case related to cases where there was no conflict in the testimony but, in any event, I regard it as going too far in the light of more modern authorities. Anglin J., as he then was, said in *Annable v. Coventry*, at p. 587, that he agreed with the proposition that it was the duty of an appellate court, even where the appeal turns on a question of fact, to rehear the case and not shrink from overruling the trial judge if, on full consideration the court concludes that the trial judgment was wrong. "Rehear", taken literally, is too strong and would, in my opinion, be wrong. Anglin J. could not have meant this literally.

It would, of course, be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing. A majority of this Court held in *Métivier v. Cadorette*[3], at p. 382, that it was wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue was the interpretation of the evidence as a whole. *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*[4] was relied on in the *Métivier* case (as it was in *Prudential Insurance Co. Ltd. v.*

[1] (1912), 46 S.C.R. 573.
[2] (1930), 66 O.L.R. 475.
[3] [1977] 1 S.C.R. 371.
[4] [1935] A.C. 243.

du juge de première instance, notamment *Annable c. Coventry*[1] et *Cities Service Oil Co. v. Rubel*[2]. Dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel de l'Ontario a fait siennes les déclarations du Conseil privé et de la Chambre des lords qu'une cour d'appel a le droit d'étudier la question de savoir si, vu la preuve, elle serait parvenue à la même conclusion que le juge de première instance ou, en d'autres termes, elle peut elle-même se prononcer sur la preuve, sans mettre de côté le jugement de première instance et en lui donnant un poids spécial lorsque la question de la crédibilité des témoins est en jeu, tout en conservant la liberté de tirer ses propres conclusions sur les faits prouvés ou admis. Il appert que cette déclaration dans *Cities Service* se rapportait à des affaires où il n'y avait pas de témoignages contradictoires, mais quoi qu'il en soit, je considère qu'il va trop loin compte tenu de la jurisprudence plus récente. Le juge Anglin, alors juge puîné, a dit dans *Annable c. Coventry*, à la p. 587, qu'il souscrivait à la proposition qu'une cour d'appel est tenue, même lorsque l'appel porte sur une question de fait, d'entendre à nouveau l'affaire et de ne pas craindre de renverser la décision du juge de première instance si, après un examen complet de la preuve, elle conclut que la décision du juge de première instance est erronée. L'expression «entendre à nouveau» prise dans son sens littéral est trop forte et serait, à mon avis, incorrecte. Le juge Anglin n'a pas pu l'employer dans son sens littéral.

Il va de soi que lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète. Cette Cour à la majorité a conclu dans *Métivier c. Cadorette*[3], à la p. 382, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve. Dans cette affaire-là, on s'est appuyé sur l'arrêt *Powell v. Streatham Manor Nursing Home*[4]

[1] (1912), 46 R.C.S. 573.
[2] (1930), 66 O.L.R. 475.
[3] [1977] 1 R.C.S. 371.
[4] [1935] A.C. 243.

Forseth[5]) as emphasizing the advantages of a trial judge, who sees and hears the witnesses, in coming to a conclusion on the acceptability of evidence and on the findings to which the accepted evidence leads. However clear cut the principles may be, governing the right of an appellate court to interfere with the findings of fact by a trial judge, their application may involve a difference of opinion as to whether interference is warranted in a particular case: see *Hood v. Hood*[6].

In the present case, I do not think that the Court of Appeal's rejection of Dr. Horsch's evidence gave it any warrant to interfere with the trial judge's conclusion on the issue on which the evidence was accepted. That evidence was not the only evidence upon which the trial judge acted but it was, to him, an affirmation of his finding that no other probable cause save a defect in the asphalt at the time that it left the Gulf plant could account for the blistering that occurred when the asphalt was applied. The Court of Appeal would have the plaintiff prove affirmatively that there was a defect, but the trial judge proceeded on the basis that such proof could be made by the elimination of all other probable causes, including the elimination of any probability that some contaminant had got into the asphalt after it left the Gulf plant. No fault could be ascribed to Currie, which merely stored the asphalt after it was received from Gulf and sent it on in the same containers to the plaintiff. However, this does not absolve Currie from liability under *The Sale of Goods Act* if it, in fact, supplied a product which was not of merchantable quality.

Counsel for the respondents submitted further that if it was not enough to hold the judgment in their favour to stand merely on the rejection of Dr. Horsch's evidence by the Court of Appeal, he had a stronger argument that there was no proof that the asphalt was not of merchantable quality. The

[5] [1960] S.C.R. 210.
[6] [1972] S.C.R. 244.

(comme on l'avait fait dans l'arrêt *Prudential Insurance Co. Ltd. c. Forseth*[5]) en tant qu'illustration des avantages dont bénéficie un juge de première instance, qui voit et entend les témoins, pour se prononcer sur la recevabilité des témoignages et sur les conclusions vers lesquelles tendent les témoignages acceptés. Aussi clairs que soient les principes qui régissent le droit qu'a une cour d'appel d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, leur application peut donner lieu à des divergences d'opinion sur la question de savoir si cette intervention est justifiée dans un cas particulier: voir *Hood c. Hood*[6].

En l'espèce, je n'estime pas que le rejet du témoignage de M. Horsch par la Cour d'appel la justifiait de modifier la conclusion du juge de première instance sur la question à l'égard de laquelle le témoignage a été accepté. Ce n'est pas là le seul élément de preuve sur lequel s'est fondé le juge de première instance, mais il lui a servi à confirmer sa conclusion qu'aucune autre cause probable, à l'exception d'un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté l'usine de Gulf, ne pouvait être à l'origine des boursouflures qui se sont formées lorsque l'asphalte a été étendu. La Cour d'appel aurait voulu que la demanderesse prouve expressément l'existence d'un vice, mais le juge de première instance a estimé qu'on pouvait faire cette preuve en éliminant toutes les autres causes probables, y compris la possibilité d'une contamination de l'asphalte après que ce produit eut quitté l'usine. Aucune faute ne peut être imputée à Currie qui a simplement entreposé l'asphalte après l'avoir reçu de Gulf et qui l'a livré à la demanderesse dans les mêmes contenants. Toutefois, si Currie a effectivement fourni un produit qui n'était pas de qualité marchande, elle ne peut s'exonérer de sa responsabilité en vertu de *The Sale of Goods Act*.

L'avocat des intimées allègue de plus que si le rejet par la Cour d'appel du témoignage de M. Horsch ne suffisait pas pour rendre une décision en leur faveur, il pouvait faire valoir un argument plus fort, savoir qu'il n'a pas été prouvé que l'asphalte n'était pas de qualité marchande. La dété-

[5] [1960] R.C.S. 210.
[6] [1972] R.C.S. 244.

failure of the roof did not, he contended, establish the failure of the product; indeed, it was not shown that any defect in the asphalt caused the damage. This, however, engages the trial judge's finding excluding other probable causes and is, in effect, a reaffirmation of the Court of Appeal's assignment of a particular burden of proof to the plaintiff.

There is no doubt that the plaintiff purchaser, suing for damages for breach of the implied condition of merchantable quality, had the burden of proof, in the light of the pleadings, of excluding its faulty workmanship as a probable cause of the blistering of the asphalt. This it did, to the satisfaction of the trial judge and without challenge by the Court of Appeal. Again, in the light of the pleadings and of the evidence it was an obligation of the plaintiff to exclude other probable causes after the asphalt was delivered by Currie. The trial judge found that it had done so and, again, there was no remonstrance by the Court of Appeal. This leaves the question whether the existence of a defect in the asphalt, either when it left the Gulf plant or when it left Currie, the supplier, must be shown affirmatively or may be proved by inference from the evidence as a whole. Proof of a defect must be made, of course, whether the purchaser of the product is plaintiff, suing for damages, or is defendant, resisting an action for the price. The trial judge found, as I have already noted, that the asphalt reached the plaintiff in the same condition that it was in when it left the Gulf plant; in short, that the defect in the asphalt was not attributable to anything that Currie did or failed to do. The Court of Appeal accepted this finding as well.

The difficulty in this case arises from evidence that (1) the particular blistering was unlike anything ever seen before; (2) there had been no complaints either from Currie's other numerous customers or from other middlemen who, like Currie, were suppliers; and (3) there was no proof, apart from Dr. Horsch's evidence, of the nature of the defect and, had there been such proof, it might have been easier to attribute its onset to a particular time or event. There is, of course, the impor-

rioration du toit ne prouve pas, selon lui, le défaut du produit; de fait, on n'a pas établi que les dommages provenaient d'un vice dans l'asphalte. Ceci met toutefois en cause la conclusion du juge de première instance qui a exclu toutes les autres causes probables et constitue en fait une confirmation de l'imposition par la Cour d'appel d'un fardeau de preuve précis à la demanderesse.

Il ne fait aucun doute qu'il revenait à la demanderesse, l'acheteur, qui poursuit en dommages-intérêts pour violation de la condition implicite de qualité marchande, d'exclure, vu les plaidoiries, l'exécution fautive des travaux comme cause probable des boursouflures de l'asphalte. Elle s'en est acquittée à la satisfaction du juge de première instance et cela n'a pas été contesté par la Cour d'appel. Je répète qu'elle est tenue, vu les plaidoiries et la preuve, d'exclure l'existence d'autres causes probables une fois l'asphalte livré par Currie. Le juge de première instance a conclu qu'elle l'avait fait et la Cour d'appel n'a pas protesté. Il reste à résoudre la question de savoir si l'existence d'un vice dans l'asphalte au moment où ce produit a quitté soit l'usine de Gulf soit l'entrepôt de Currie, le fournisseur, doit être expressément établie ou peut être prouvée par déduction tirée de l'ensemble de la preuve. Que l'acheteur d'un produit soit demandeur dans une action en dommages-intérêts ou défendeur dans une action en recouvrement du prix, il faut prouver l'existence d'un vice. Le juge de première instance a conclu, comme je l'ai déjà souligné, que l'asphalte est parvenu à la demanderesse dans l'état où il était lorsqu'il a quitté l'usine de Gulf; bref, que le vice dans l'asphalte n'était imputable à aucun geste ou omission de Currie. La Cour d'appel a également accepté cette conclusion.

Le problème en l'espèce tire son origine de la preuve selon laquelle (1) les boursouflures en cause diffèrent de toutes celles qu'on voit normalement; (2) ni les nombreux autres clients de Currie ni les autres intermédiaires qui, comme Currie, étaient des fournisseurs ne se sont plaints; et (3) la nature du vice n'a pas été prouvée indépendamment du témoignage de M. Horsch, et, l'eût-elle été, il aurait peut-être été plus facile d'en lier le déclenchement à un moment ou à un événement

tant fact that Gulf and Currie controlled the production and delivery of the asphalt, and this undoubtedly was relevant to the trial judge's ultimate resolution of the case in favour of the appellant.

The Court of Appeal, in placing upon the plaintiff a burden of proof to show that, although the asphalt failed as a product, there was a defect in it when it left the Gulf plant, proceeded on the view that there must be a credible theory to account for the defect and that Dr. Horsch's theory was incredible. I do not think that, in the circumstances of this case, the absence of a credible theory that would indicate that the defect was in the manufacturing process or occurred before the asphalt left the Gulf plant is conclusive against the appellant. The rejection of the gas theory of Dr. Horsch, a theory accepted by the trial judge, does not necessarily mean that the plaintiff fails. True, the gas theory was an element in the trial judge's conclusion in favour of the appellant but, it seems to me, that if the inference drawn by the trial judge is impermissible, in the light of the evidence of regularity adduced by the respondents, a greater burden of proof than proof on a balance of probabilities is cast on the plaintiff.

This case can, of course, be looked at as exhibiting two possible causes of the defect, each of them unlikely in view of the evidence. We are still left, however, with the fact of a defect in respect of a product emanating from the respondents. The state of the evidence was such as to make it specially appropriate for the trial judge to make inferences from what was put before him. He certainly canvassed all relevant evidence and did not misapprehend it in any material way. The concurrent findings of fact are cogent indicators that he took a proper approach. I do not think that his conclusion ought to have been disturbed on appeal on the basis on which the Court of Appeal proceeded.

It appears to me also that the Court of Appeal treated the case before it as one sounding in

particulier. Il y a évidemment le fait important que Gulf et Currie ont contrôlé la production et la livraison de l'asphalte; ceci a manifestement influé sur la décision du juge de première instance qui a donné gain de cause à l'appelante.

En faisant reposer sur la demanderesse le fardeau de prouver que, même si l'asphalte était défectueux en tant que produit, il l'était déjà au moment où il a quitté l'usine de Gulf, la Cour d'appel s'est fondée sur la proposition qu'il devait exister une théorie vraisemblable pour expliquer le vice et que la théorie de M. Horsch ne l'était pas. Je n'estime pas, vu les circonstances de l'espèce, que l'absence d'une théorie vraisemblable qui indiquerait que le vice est imputable au processus de fabrication ou qu'il s'est produit avant que l'asphalte quitte l'usine de Gulf, soit péremptoire à l'encontre de l'appelante. Le rejet de la théorie de la formation de gaz avancée par M. Horsch, théorie à laquelle a souscrit le juge de première instance, ne signifie pas nécessairement qu'il faille débouter la demanderesse. Certes, cette théorie est un élément de la décision du juge de première instance en faveur de l'appelante, mais j'estime que, si la déduction faite par le juge de première instance est inadmissible, compte tenu de la preuve de conformité produite par les intimées, on impose à la demanderesse un fardeau de preuve beaucoup plus lourd que celui de la preuve suivant la prépondérance des probabilités.

On peut bien entendu en l'espèce voir deux causes possibles du vice, chacune d'elles improbables compte tenu de la preuve. Il n'en reste pas moins le fait qu'il y avait un vice dans un produit provenant des intimées. L'état de la preuve était tel que le juge de première instance était particulièrement justifié de faire des déductions de ce qui lui était soumis. Il a effectivement examiné à fond toute la preuve pertinente et l'a bien interprétée dans ses éléments essentiels. Les conclusions de fait concordantes indiquent de façon convaincante qu'il l'a abordée de façon appropriée. A mon avis, sa conclusion n'aurait pas dû être modifiée par la Cour d'appel pour les motifs avancés par cette dernière.

De plus, la Cour d'appel me semble avoir considéré la présente affaire comme s'il s'agissait d'une

negligence against Gulf rather than being a contract action against Currie. If it were not for the reference by Weatherston J.A. to *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*[7], it would be difficult to appreciate that this was an action under *The Sale of Goods Act*. As in the *Rogers* case, it was enough here that the plaintiff show that a defect existed when the goods were delivered by Currie, without being required to prove the cause of the defect. The Court of Appeal in the *Rogers* case accepted the trial judge's holding that the plaintiff had met that burden of proof. The Court of Appeal here should have come to a similar conclusion.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to the costs ordered at trial and to costs in the Court of Appeal and in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Schreiber, Bordonaro & Yanover, Hamilton.

Solicitors for the respondent Currie Products: White, Swaye, Mackesy & Smye, Hamilton.

Solicitors for the respondent Gulf Oil: McGarry & McKeon, Toronto.

[7] [1949] O.R. 135.

action en responsabilité contre Gulf plutôt que d'une action contractuelle contre Currie. Si ce n'était du renvoi du juge Weatherston à l'arrêt *Canadian William A. Rogers Ltd. v. Lucerne Metal & Plastic Products Ltd.*[7], il serait difficile de voir qu'il s'agit d'une action intentée sous l'autorité de *The Sale of Goods Act*. Comme dans l'affaire *Rogers*, il suffisait ici que la demanderesse prouve qu'il existait un vice lorsque Currie a livré la marchandise, sans être obligée d'en prouver la cause. Dans l'affaire *Rogers*, la Cour d'appel a accepté la conclusion du juge de première instance que la demanderesse s'était acquittée du fardeau de la preuve. La Cour d'appel aurait dû, en l'espèce, arriver à une conclusion identique.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de première instance. L'appelante a droit aux dépens comme l'a ordonné le juge de première instance et aux dépens en Cour d'appel et en cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Schreiber, Bordonaro & Yanover, Hamilton.

Procureurs de l'intimée Currie Products: White, Swaye, Mackesy & Smye, Hamilton.

Procureurs de l'intimée Gulf Oil: McGarry & McKeon, Toronto.

[7] [1949] O.R. 135.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Lawrence Matthew Mousseau *Respondent.*

1980: March 24; 1980: May 6.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Indians — Hunting for food — Unoccupied Crown lands — Right of access to lands — Public road — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, ss. 19(1), 46(1) — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 26, para. 13.

The respondent, a treaty Indian, was driving along Provincial Road No. 265, in Manitoba, when he spotted a deer crossing the road. He stopped the car, located the deer with the aid of a handlight and shot it in the ditch. During the year 1976, there was no open season to hunt deer in Manitoba. The respondent, who was then hunting for food, was charged with: i) unlawfully hunting a wild animal during the closed season, contrary to s. 16(1) of *The Wildlife Act*; and ii) unlawfully at night using lighting or reflecting equipment for the purpose of hunting animals, contrary to s. 19(1) of the same Act. He was convicted in Neepawa Provincial Judges' Court and the convictions were confirmed on appeal to the Country Court of Minnedosa. On further appeal to the Court of Appeal for Manitoba, the convictions were quashed, Monnin and Guy JJ. dissenting.

Held: The appeal should be allowed.

Section 46(1) of *The Wildlife Act* expressly preserves and protects the special hunting rights for Indians entrenched in para. 13 of the Memorandum of Agreement, approved under *The Manitoba Natural Resources Act*. If the respondent, in hunting as he did, was within the scope of para. 13 of the Memorandum of Agreement, then the prohibition in *The Wildlife Act* did not apply to him, for Indians hunting "for food" are not subject to provincial game laws if hunting on unoccupied Crown lands or on any other lands to which Indians may have a "right of access". The respondent contended that Indians in Manitoba have a right of access to public roads and, therefore, they may lawfully hunt thereon.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Lawrence Matthew Mousseau *Intimé.*

1980: 24 mars; 1980: 6 mai.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Indiens — Chasse pour se nourrir — Terres inoccupées de la Couronne — Droit d'accès aux terres — Chemin public — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 19(1), 46(1) — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 26, clause 13.

L'intimé, un Indien visé par un traité, circulait en voiture sur la route provinciale nº 265 au Manitoba, lorsqu'il a aperçu un chevreuil qui traversait la route. Il s'est arrêté et à l'aide d'une torche électrique, il a repéré le chevreuil et l'a abattu dans le fossé. Pendant l'année 1976, il n'y a pas eu de saison de chasse au chevreuil au Manitoba. L'intimé, qui à ce moment-là chassait pour se nourrir, est accusé d'avoir: i) chassé illégalement un animal sauvage hors saison, contrairement au par. 16(1) de *The Wildlife Act*, et, ii) d'avoir illégalement utilisé, la nuit, un appareil lumineux ou réfléchissant pour chasser, contrairement au par. 19(1) de la même loi. Il a été déclaré coupable en Cour des juges provinciaux de Neepawa et les déclarations de culpabilité ont été confirmées en appel à la Cour de comté de Minnedosa. En appel à la Cour d'appel du Manitoba, les déclarations de culpabilité ont été annulées; les juges Monnin et Guy étaient dissidents.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 46(1) de *The Wildlife Act* protège expressément les droits de chasse spéciaux des Indiens enchâssés dans la clause 13 de la Convention, approuvée par *The Manitoba Natural Resources Act*. Si en chassant comme il l'a fait, l'intimé relève de la clause 13 de la Convention, les interdictions énoncées dans *The Wildlife Act* ne lui sont pas applicables parce que les Indiens qui chassent «pour se nourrir» ne sont pas soumis aux lois provinciales lorsqu'ils chassent sur les terres inoccupées de la Couronne, ou toutes autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un «droit d'accès». L'intimé a soutenu que les Indiens qui se trouvent au Manitoba ont un droit d'accès aux chemins publics et, par conséquent, ils peuvent légalement y chasser.

Paragraph 13 cannot be read as meaning that whenever an Indian can enter unto land for a purpose unrelated to hunting, he can also hunt; to hold otherwise would give the Indians hunting rights at all seasons of the year in all places to which the public has access. The true meaning of para. 13 is that Indians have the right to hunt for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands, on any unoccupied Crown lands to which the Indians, or other persons, have right of access, by virtue of statute or common law or otherwise, for the purpose of hunting, and on any occupied private lands to which they have right of access by custom, usage, or consent of the owner or occupier, for the purpose of hunting. As hunting is not one of the purposes for which roads are made available and accessible for the use of the public, and as a public road is occupied Crown land, the respondent is not within the scope of para. 13 and was properly convicted in the first instance.

R. v. Wesley (1932), 58 C.C.C. 269; *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703; *R. ex rel. Clinton v. Strongquill* (1953), 105 C.C.C. 262; *R. v. Little Bear* (1958), 122 C.C.C. 173; *Harrison v. Duke of Rutland*, [1893] 1 Q.B. 142; *Hickman v. Maisey*, [1900] 1 Q.B. 752, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], allowing an appeal from a judgment of the County Court of Minnedosa and quashing the convictions. Appeal allowed.

A. G. Bowering and *M. J. Conklin*, for the appellant.

Harvey I. Pollock, Q.C., M. B. Nepon and *Brenda Keyser*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—On the evening of October 15, 1976 at about 9:40 p.m., the respondent, Lawrence Mousseau, a treaty Indian, was driving along Provincial Road No. 265 approximately six miles west of Plumas, Manitoba. He spotted a deer crossing the road and stopped the car. With the aid of a handlight, he located the deer and shot it in the ditch. While he was gutting the animal, police

[1] [1979] 2 W.W.R. 545, 46 C.C.C. (2d) 566, *sub nom. R. v. McKinney et al.*

On ne peut donner comme signification à la clause 13 que dès qu'un Indien peut pénétrer sur une terre pour une fin non reliée à la chasse, il peut aussi y chasser; décider le contraire donnerait aux Indiens des droits de chasse en toute saison de l'année dans tous les lieux auxquels le public a accès. La véritable interprétation de la clause 13 est que les Indiens ont le droit de chasser pour se nourrir, en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne, sur toutes les terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens, ou d'autres personnes, ont en vertu de la loi, de la *common law* ou autrement, un droit d'accès pour chasser et sur toutes les terres privées occupées auxquelles ils ont, de par la coutume, l'usage ou du consentement du propriétaire ou de l'occupant, un droit d'accès pour chasser. La chasse n'est pas une des fins pour lesquelles des chemins sont ouverts au public et comme un chemin public est une terre occupée de la Couronne, l'intimé ne relève pas de la clause 13 et a, à bon droit, été déclaré coupable en première instance.

Jurisprudence: *R. v. Wesley* (1932), 58 C.C.C. 269; *R. v. Smith*, [1935] 3 D.L.R. 703; *R. ex rel. Clinton v. Strongquill* (1953), 105 C.C.C. 262; *R. v. Little Bear* (1958), 122 C.C.C. 173; *Harrison v. Duke of Rutland*, [1893] 1 Q.B. 142; *Hickman v. Maisey*, [1900] 1 Q.B. 752.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a accueilli un appel du jugement de la Cour de comté de Minnedosa et a annulé les déclarations de culpabilité. Pourvoi accueilli.

A. G. Bowering et *M. J. Conklin*, pour l'appelante.

Harvey I. Pollock, c.r., M. B. Nepon et *Brenda Keyser*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le soir du 15 octobre 1976 vers 21h40, l'intimé, Lawrence Mousseau, un Indien visé par un traité, circulait en voiture sur la route provinciale n° 265 à environ six milles à l'ouest de Plumas (Manitoba). Il a aperçu un chevreuil qui traversait la route et s'est arrêté. A l'aide d'une torche électrique, il a repéré le chevreuil et l'a abattu dans le fossé. Pendant qu'il

[1] [1979] 2 W.W.R. 545, 46 C.C.C. (2d) 566, *sub. nom. R. v. McKinney et al.*

arrived on the scene. During the year 1976, there was no open season to hunt deer in Manitoba. Although the agreed statement of facts does not so state, it would seem to be common ground that Mousseau, at the time, was hunting for food, and I approach the case on that basis.

Mousseau was charged with: (i) unlawfully hunting a wild animal during the closed season, contrary to s. 16(1) of *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, c. W140; and, (ii) unlawfully at night using lighting or reflecting equipment for the purpose of hunting animals, contrary to s. 19(1) of the same Act. He was convicted in Neepawa Provincial Judges' Court and the convictions were confirmed on appeal to the County Court of Minnedosa. On further appeal to the Court of Appeal for Manitoba (Monnin and Guy JJ.A. dissenting), the convictions were quashed.

Section 46(1) of *The Wildlife Act* expressly preserves and protects the special hunting rights for Indians entrenched in para. 13 of the Memorandum of Agreement, approved under *The Manitoba Natural Resources Act*, 20 George V, c. 30. Section 46(1) reads:

> Nothing in this Act reduces, or deprives any person of, or detracts from, the rights and privileges bestowed upon him under paragraph 13 of the Memorandum of Agreement approved under The Manitoba Natural Resources Act.

The Memorandum of Agreement was entered into between the Dominion and the Province of Manitoba at the time of the transfer from the Dominion to the Province of the natural resources within the Province. It was affirmed by the Legislature of the Province, by c. 30 of the Statutes of 1930, and by the Parliament of Canada, by c. 29 of the Statutes of Canada 1930. It was also affirmed by the Parliament of the United Kingdom by the *British North America Act, 1930*, 20-21 George V (U.K.), c. 26.

If Mousseau, in hunting as he did, was within the scope of para. 13 of the Memorandum of Agreement, then the prohibitions in *The Wildlife Act* did not apply to him. Paragraph 13 reads:

vidait l'animal, la police est arrivée sur les lieux. Pendant l'année 1976, il n'y a pas eu de saison de chasse au chevreuil au Manitoba. Bien que l'exposé conjoint des faits ne le dise pas, les parties semblent reconnaître qu'à l'époque, Mousseau chassait pour se nourrir, et c'est sur ce fondement que j'aborde cette affaire.

Mousseau est accusé d'avoir: i) chassé illégalement un animal sauvage hors saison, contrairement au par. 16(1) de *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, chap. W140; et, ii) d'avoir illégalement utilisé, la nuit, un appareil lumineux ou réfléchissant pour chasser, contrairement au par. 19(1) de la même loi. Il a été déclaré coupable en Cour des juges provinciaux de Neepawa et les déclarations de culpabilité ont été confirmées en appel à la Cour de comté de Minnedosa. En appel à la Cour d'appel du Manitoba, les déclarations de culpabilité ont été annulées; les juges Monnin et Guy étaient dissidents.

Le paragraphe 46(1) de *The Wildlife Act* protège expressément les droits de chasse spéciaux des Indiens enchâssés dans la clause 13 de la Convention, approuvée par *The Manitoba Natural Resources Act*, 20 George V, chap. 30. Le paragraphe 46(1) dispose:

> [TRADUCTION] Rien dans la présente loi ne restreint, ni ne supprime les droits et privilèges conférés par la clause 13 de la convention approuvée par *The Manitoba Natural Resources Act*.

La Convention a été conclue entre le Dominion et la province du Manitoba à l'époque du transfert, du Dominion à la province, des ressources naturelles situées dans les limites de celle-ci. Elle a été confirmée par la Législature de la province, par le chap. 30 des lois de 1930, et par le Parlement du Canada, par le chap. 29 des Statuts du Canada de 1930. Elle a également été confirmée par le Parlement du Royaume-Uni par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, 20-21 George V (R.-U.), chap. 26.

Si en chassant comme il l'a fait, Mousseau relève de la clause 13 de la Convention, les interdictions énoncées dans *The Wildlife Act* ne lui sont pas applicables. La clause 13 dispose:

In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

The general import of para. 13 is to make applicable to the Indians within the province, in the interests of securing continued supply of game and fish for their support and subsistence, the provincial game laws from time to time in force in the province. There is, however, an important proviso to the foregoing. Indians hunting, trapping and fishing game and fish "for food" are not subject to provincial game laws if hunting, trapping, or fishing, on (i) unoccupied Crown lands, or (ii) on any other lands to which Indians may have a "right of access". In the present appeal, the extent of the territorial limitation of the proviso is the issue, more particularly whether, within the meaning of para. 13, it be said that a provincial road is unoccupied Crown land or other land to which Indians have a right of access.

L'effet général de la cause 13 est de rendre applicable aux Indiens, qui se trouvent dans les limites de la province, les lois provinciales sur la chasse et la pêche qui y sont en vigueur, et ceci pour assurer leur approvisionnement continu de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance. Il y a cependant une réserve importante à ce qui précède. Les Indiens qui chassent, prennent le gibier au piège et pêchent le poisson «pour se nourrir» ne sont pas soumis aux lois provinciales lorsqu'ils chassent, piégent ou pêchent sur i) les terres inoccupées de la Couronne, ou ii) toutes autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un «droit d'accès». Dans le présent pourvoi, la portée territoriale de la réserve est en cause, plus particulièrement la question de savoir si, au sens de la clause 13, on peut dire qu'une route provinciale est une terre inoccupée de la Couronne ou une autre terre à laquelle les Indiens ont un droit d'accès.

When the Crown in the right of the province appropriated or set aside land for the purpose of Provincial Road No. 265, it is difficult to regard that land thereafter as unoccupied Crown lands within the meaning of para. 13, and, indeed, counsel for Mousseau did not advance any such submission. His principal argument was to the effect that Indians in Manitoba have a right of access to public roads and road allowances and, therefore, pursuant to para. 13 of the Agreement, they may lawfuly hunt thereon.

Une fois que Sa Majesté du chef de la province a réservé ou mis de côté une terre aux fins de la route provinciale n° 265, il est difficile de considérer qu'il s'agit là d'une terre inoccupée de la Couronne au sens de la clause 13, et, d'ailleurs, l'avocat de Mousseau n'a pas avancé pareil argument. Son principal argument a été que les Indiens qui se trouvent au Manitoba ont un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés et que, par conséquent, conformément à la clause 13 de la Convention, ils peuvent légalement y chasser.

What is meant by the phrase "any other lands to which the said Indians may have a right of access"? The cases to which the Court has been referred are not of particular assistance. In the

Que signifie l'expression «toutes autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès»? Les décisions auxquelles on a renvoyé la Cour ne lui sont pas particulièrement utiles. Dans

first of these, *R. v. Wesley*[2], there is, however, an excellent historical review of Indian hunting rights by the late Mr. Justice McGillivray. Speaking for a majority of the court, he said:

> .... Indians hunting for food may kill all kinds of wild animals regardless of age or size wherever they may be found on unoccupied Crown lands or other lands to which they have a right of access, at all seasons of the year and that they may hunt such animals with dogs or otherwise as they see fit and that they need no license beyond the language of s.12 to entitle them so to do. (at p. 277)

In *Wesley*, the court was called upon to interpret s. 12 of the Memorandum of Agreement affirmed in *The Alberta Natural Resources Act*, 1930, (Alta.) c. 21. Section 12 of the Alberta Memorandum of Agreement is in identical language to s. 13 of the Manitoba agreement. In *Wesley*, the accused had been charged with three infractions of the Alberta *Game Act*, R.S.A. 1922, c. 70, namely, hunting and killing a male deer having horns or antlers less than four inches in length, hunting deer without a licence, and hunting deer with dogs. The case is of limited assistance in any discussion of the concluding words of para. 13, as it was admitted that the alleged offences took place on unoccupied Crown land.

The next case to which we were referred is *R. v. Smith*[3]. A treaty Indian, named John Smith, Jr., was charged with carrying firearms on Fort La Corne Game Preserve in Saskatchewan. Section 69(1) of *The Game Act*, R.S.S. 1930, c. 208, of that province prohibited shooting, hunting, trapping or carrying of firearms within the preserve. It fell to the court to interpret para. 12 of the Saskatchewan Memorandum of Agreement, identical to para. 13 of the Manitoba agreement. It was contended by the late J. G. Diefenbaker, counsel for the accused, that the game preserve was land to which the Indians had a right of access, and they were authorized to shoot on it because of that right. To that argument, Turgeon J.A. (McKenzie J.A. concurring) had this to say:

[2] (1932), 58 C.C.C. 269 (Alta. C.A.).
[3] [1935] 3 D.L.R. 703 (Sask. C.A.).

la première, *R. v. Wesley*[2], feu le juge McGillivray fait un excellent historique des droits de chasse des Indiens. Au nom de la majorité de la Cour, il a dit:

> [TRADUCTION] ... des Indiens qui chassent pour se nourrir peuvent abattre toutes sortes d'animaux sauvages sans se soucier de l'âge ou de la taille, partout sur les terres inoccupées de la Couronne ou d'autres terres auxquelles ils ont un droit d'accès, en toute saison; ils peuvent chasser ces animaux avec des chiens ou de toute autre façon qu'ils jugent appropriée et ils n'ont à invoquer d'autre autorité que le texte de la clause 12 pour avoir droit de le faire. (à la p. 277)

Dans l'affaire *Wesley*, la cour avait à interpréter la clause 12 de la Convention confirmée par *The Alberta Natural Resources Act*, 1930, (Alta.) chap. 21. La clause 12 de la Convention avec l'Alberta est identique à la clause 13 de la Convention avec le Manitoba. Dans l'affaire *Wesley*, l'accusé avait été inculpé de trois infractions à *The Game Act* de l'Alberta, R.S.A. 1922, chap. 70, savoir, d'avoir chassé et tué un chevreuil ayant des cornes ou bois de moins de quatre pouces de longueur, d'avoir chassé le chevreuil sans permis et d'avoir chassé le chevreuil avec des chiens. Cet arrêt est d'une utilité limitée dans un débat sur la dernière partie de la clause 13, vu qu'il était admis que les infractions imputées avaient été commises sur une terre inoccupée de la Couronne.

Le deuxième arrêt que l'on nous a cité est *R. v. Smith*[3]. Un Indien visé par un traité, nommé John Smith, fils, a été accusé de port d'armes à feu dans la réserve pour gibier de Fort La Corne en Saskatchewan. Le paragraphe 69(1) de *The Game Act*, R.S.S. 1930, chap. 208, de cette province interdisait de tuer, de chasser, de piéger ou de porter des armes à feu dans les limites de la réserve. La cour a dû interpréter la clause 12 de la Convention avec la Saskatchewan, qui est identique à la clause 13 de la Convention avec le Manitoba. Feu J. G. Diefenbaker, avocat de l'accusé, a soutenu que la réserve pour gibier était une terre à laquelle les Indiens avaient un droit d'accès, et qu'ils avaient donc le droit d'y tirer. A cet argument, le juge Turgeon (avec lequel le juge McKenzie était d'accord) a répondu:

[2] (1932), 58 C.C.C. 269 (C.A. Alta).
[3] [1935] 3 D.L.R. 703 (C.A. Sask.).

... Any so called "right" of access which the Indians may enjoy in respect to this preserve is, so far as we were shown, merely the privilege accorded to all persons to enter the preserve *without carrying firearms*. We were not told of any special, peculiar right of access to this preserve conferred upon or enjoyed by the Indians. The Indians assuredly have a peculiar right of access to certain Crown lands, as, for instance, the reservations upon which they live and which are vested in the Crown, but it does not appear that they have any similar right of access to the land comprising this preserve. (at p. 707)

The other member of the court, Martin J.A., joined in dismissing the appeal. Discussing the right of access of Indians to the game preserve, he said:

... Indians undoubtedly have a right of access to certain reserves set apart for them and upon which they reside, but they have no right of access to game preserves beyond that accorded to all other persons and they are subject, as all persons are, to the provisions of s. 69 of *The Game Act*. (at p. 710)

The third case is *R. ex rel. Clinton v. Strongquill*[4]. A treaty Indian, hunting for food, killed a moose in Porcupine Forest Reserve during a time when hunting for game other than moose was permitted under a provincial hunting licence. Again, para. 12 of the Saskatchewan agreement fell to be considered. A majority of the court (Gordon, Procter and McNiven, JJ.A.; Martin, C.J.S. and Culliton J.A., dissenting) quashed the conviction. Mr. Justice Gordon distinguished *R. v. Smith, supra,* on the ground that Porcupine Forest Reserve was not in the same case as a game preserve where hunting was absolutely prohibited. On the day of Strongquill's alleged offence, people other than Indians could lawfully hunt on the Porcupine Reserve for big game during the proper hunting season. Strongquill therefore had a right of access to the Crown land and, having that right, he could kill moose for food within the boundaries of the reserve. Procter J.A. distinguished the *Smith* case in these words:

[4] (1953), 105 C.C.C. 262 (Sask. C. A.).

[TRADUCTION] ... Le seul prétendu «droit» d'accès à cette réserve dont peuvent jouir les Indiens est simplement le privilège accordé à toute la population d'entrer dans la réserve *sans transporter d'armes à feu*. On ne nous a pas signalé que les Indiens aient reçu un droit d'accès spécial, particulier à cette réserve ou qu'ils jouissent de pareil droit. Les Indiens ont sans doute un droit d'accès particulier à certaines terres de la Couronne, comme, par exemple, les réserves où ils vivent qui appartiennent à la Couronne, mais il ne semble pas qu'ils aient un droit d'accès semblable à la terre de cette réserve pour gibier. (à la p. 707)

L'autre membre de la cour, le juge Martin, a souscrit au rejet de l'appel. A propos du droit d'accès des Indiens à la réserve pour gibier, il a dit:

[TRADUCTION] ... Les Indiens ont sans aucun doute un droit d'accès à certaines reserves mises de côté pour eux et qu'ils habitent, mais ils n'ont pas plus de droit d'accès aux réserves pour le gibier que celui accordé au reste de la population et ils sont, comme lui, soumis aux dispositions de l'art. 69 de *The Game Act*. (à la p. 710)

Le troisième arrêt est *R. ex rel. Clinton v. Strongquill*[4]. Un Indien visé par un traité, qui chassait pour se nourrir, a tué un orignal dans la réserve de Porcupine Forest à une époque où l'on pouvait chasser le gibier autre que l'orignal avec un permis de chasse provincial. De nouveau, la clause 12 de la Convention avec la Saskatchewan a dû être examinée. La cour, à la majorité (les juges Gordon, Procter et McNiven; le juge en chef Martin et le juge Culliton étant dissidents), a annulé la déclaration de culpabilité. Le juge Gordon a distingué cette affaire de l'arrêt *R. v. Smith*, précité, au motif que la réserve de Porcupine Forest n'était pas dans la même situation qu'une réserve pour gibier où la chasse est absolument interdite. Le jour où Strongquill a commis l'infraction en question, des personnes autres que des Indiens pouvaient légalement chasser le gros gibier dans la réserve de Porcupine, pendant la saison de la chasse. Strongquill avait par conséquent un droit d'accès à cette terre de la Couronne et, de ce fait, il pouvait tuer un orignal pour se nourrir dans les limites de la réserve. Le juge Procter a fait la distinction suivante d'avec l'affaire *Smith*:

[4] (1953), 105 C.C.C. 262 (C.A. Sask.).

Dealing, in the *Smith* case, *supra*, with the second question which Turgeon J.A. had posed—"Is it occupied Crown lands to which the Indians have a right of access?"—he disposed very shortly of this question in one paragraph holding that any right of access the Indians enjoyed was merely the privilege of all persons to enter the preserve *without carrying firearms* italicizing the last four words. The charge in the *Smith* case was one of "carrying fire-arms" on the game preserve. No one, Indian or otherwise, was entitled to *access to the game preserve* whilst carrying firearms and it was therefore held that Smith was properly convicted of the offence charged. (at p. 278)

Later in his judgment he added:

I can add little to the very able judgment of McGillivray J.A. in the *Wesley* case with which I wholly agree.

A careful study of the *Smith* case, *supra*, convinces me that the question of the right of a treaty Indian to shoot game for food on unoccupied Crown lands or Crown lands to which he has access is still open. There this Court dealt only with the prohibition of carrying firearms on a game preserve which was held to be occupied Crown land. (at p. 280)

McNiven J.A. held that inasmuch as the forest reserve was open to any visiting hunters who had a licence, Indians enjoyed the same right of access. Therefore, it was lawful for Strongquill to kill the moose for food, under the special right reserved to him by para. 12, notwithstanding that the killing of moose in the province, generally, was prohibited.

The judgment of the majority of the court in the present appeal was delivered by Mr. Justice O'Sullivan who said:

The hunting took place on a public road allowance which is occupied Crown land. The learned judges below held that Indians in common with others have a right of access to public roads and road allowances but that such right is limited and does not extend to hunting.

The nub of the judgment is found in the following passage:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Smith*, précitée, à propos de la seconde question posée par le juge Turgeon, savoir—«S'agit-il de terres inoccupées de la Couronne auxquelles les Indiens ont un droit d'accès?»—il en a disposé très brièvement en un alinéa, décidant que le seul droit d'accès dont jouissent les Indiens est simplement le privilège accordé à toute la population d'entrer dans la réserve *sans transporter d'armes à feu*, soulignant les quatre derniers mots. L'accusation portée dans l'affaire *Smith* était «le port d'armes à feu» dans la réserve pour gibier. Personne, Indien ou non, n'avait un droit d'*accès à la réserve pour gibier* s'il transportait une arme à feu et on a par conséquent décidé que c'est à bon droit que Smith a été déclaré coupable de l'infraction. (à la p. 278)

Plus loin dans ses motifs, il a ajouté:

[TRADUCTION] Je n'ai que très peu à ajouter au jugement solide du juge McGillivray dans *Wesley* auquel je souscris entièrement.

Un examen attentif de l'arrêt *Smith*, précité, me convainc que la question du droit d'un Indien visé par un traité de chasser le gibier pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne ou sur les terres de la Couronne auxquelles il a accès n'a pas été tranchée. Dans cet arrêt, cette cour ne s'est penchée que sur l'interdiction de transporter des armes à feu dans une réserve pour gibier dont on a conclu qu'elle est une terre occupée de la Couronne. (à la p. 280)

Le juge McNiven a jugé que, dans la mesure où tout chasseur visiteur, détenteur d'un permis, avait accès à la réserve forestière, les Indiens jouissaient du même droit. Par conséquent, Strongquill pouvait légalement tuer l'orignal pour se nourrir, en vertu du droit spécial que lui réserve la clause 12, même si la chasse à l'orignal dans la province était généralement interdite.

L'arrêt de la majorité de la cour dans la présente espèce a été rendu par le juge O'Sullivan qui a dit:

[TRADUCTION] La chasse a eu lieu sur le bas-côté d'un chemin public qui est une terre occupée de la Couronne. Les juges d'instance inférieure ont jugé que tant les Indians que les autres ont un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés, mais que ce droit est limité et ne s'étend pas à la chasse.

Le cœur du jugement se trouve dans le passage suivant:

In my opinion, to hold that Indians have no right to hunt on public road allowances would involve the proposition that no one, Indian or non-Indian, has such a right. I think it is a matter of common knowledge that during hunting season, non-Indians are permitted to hunt on public road allowances where the activity can be carried on without danger to the public. What non-Indians can do in season, Indians can do out of season. Otherwise, their rights protected under the *British North America Act*, 1930, would be illusory. I would, therefore, hold that the learned judges appealed from erred in law with respect to the Mousseau appeal and it should be allowed in full.

[TRADUCTION] A mon avis, décider que les Indiens n'ont pas le droit de chasser sur le bas-côté des chemins publics sous-entendant que personne, Indien ou non, n'a pareil droit. Je crois qu'il est de notoriété publique que, pendant la saison de la chasse, les non-Indiens sont autorisés à chasser sur les bas-côtés des chemins publics lorsqu'il est possible de le faire sans danger pour le public. Ce que les non-Indiens peuvent faire pendant la saison de la chasse, les Indiens peuvent le faire hors saison. S'il en était autrement, leurs droits protégés par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1930, seraient illusoires. Je suis par conséquent d'avis que les juges d'instance inférieure ont commis une erreur de droit à l'égard de l'appel interjeté par Mousseau et que celui-ci devrait être accueilli sans réserve.

The case was tried upon an agreed statement of facts, silent as to the "matter of common knowledge" of which Mr. Justice O'Sullivan speaks. The accused did not testify. The majority and minority positions in the Manitoba Court differed in perception as to the right of access, enjoyed by the general non-Indian public, on roads.

L'affaire a été jugée sur la base d'un exposé conjoint des faits, muet sur cette «notoriété publique» dont parle le juge O'Sullivan. L'accusé n'a pas témoigné. La position de la majorité en Cour du Manitoba diffère de celle de la minorité dans sa perception du droit d'accès aux chemins dont jouit le public non-Indien en général.

The Crown appellant argues that non-Indians have no right of access to roads for purposes of hunting. That being so, the limits governing the general right of access, applicable to the public, apply to Indians. There is no right of access to roads for citizens for purposes of hunting nor, additionally, for Indians under para. 13. Where access in its general sense relates to purposes other than those of hunting, then the property is not land to which Indians have access within the meaning of para. 13.

Sa Majesté appelante fait valoir que les non-Indiens n'ont aucun droit d'accès aux chemins pour y chasser. Ceci étant, les limites qui régissent le droit d'accès général du public s'appliquent aux Indiens. Les citoyens n'ont pas de droit d'accès aux chemins pour y chasser et la clause 13 ne l'accorde pas non plus aux Indiens. Lorsque l'accès au sens général existe à des fins autres que la chasse, il ne s'agit pas d'une terre à laquelle les Indiens ont accès au sens de la clause 13.

The position of the respondent Mousseau is simply put. It is his main submission that Indians in Manitoba have a right of access to public roads and road allowances and, therefore, the Indians may lawfully hunt thereon. In the alternative, if non-Indians do have a right of access to public roads and road allowances for the purposes of hunting during open season, the Indians in Manitoba have a parallel right of access to public roads and road allowances for the purpose of exercising their rights under para. 13 without reference to open or closed season. This alternative submission rests upon the passage from the judgment of Mr. Justice O'Sullivan to which I have referred.

La position de l'intimé Mousseau s'énonce simplement. Il fait valoir principalement qu'au Manitoba, les Indiens ont un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés et, par conséquent, qu'ils peuvent légalement y chasser. Subsidiairement, il fait valoir que si les non-Indiens ont effectivement un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés pour y chasser pendant la saison de la chasse, les Indiens ont parallèlement au Manitoba un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés afin d'y exercer les droits que leur confère la clause 13, que la chasse soit ouverte ou non. Cet argument subsidiaire se fonde sur le passage de l'opinion du juge O'Sullivan que j'ai cité.

The respondent's argument of a limited right of access generally, unrelated to hunting, giving rise to, and providing foundation for, an unlimited right of access to hunt under para. 13, is untenable. Paragraph 13 cannot be read as meaning that whenever an Indian can enter unto land for a purpose unrelated to hunting, say, for employment or recreation, he can also hunt. Respondent's argument would give the Indians hunting rights at all seasons of the year, and by any means, in all places to which the public has access, such as highways, parks, community pastures, public golf courses, recreation areas, picnic grounds. The meaning given to the word "access" in the proviso must be limited to the subject matter of the whole paragraph in which the proviso appears, namely, hunting by Indians. In my opinion, the Indians have the right to hunt, trap, and fish, game and fish, for food at all seasons of the year on: (a) all unoccupied Crown lands; (b) any occupied Crown lands to which the Indians, or other persons, have right of access, by virtue of statute or common law or otherwise, for the purpose of hunting, trapping or fishing; (c) any occupied private lands to which the Indians have right of access by custom, usage, or consent of the owner or occupier, for the purpose of hunting, trapping, or fishing. See *R. v. Little Bear*[5]. Where a right of access to hunt is recognized in respect of any lands, that right is general for Indians and cannot be restricted by provincial legislation imposing seasonal restrictions, bag limits, licensing requirements, or other such considerations: the important criterion is hunting for food.

I turn then to respondent's alternative submission, based upon Mr. Justice O'Sullivan's finding that "during hunting season, non-Indians are permitted to hunt on public road allowances where the activity can be carried on without danger to the public". On this issue, the appellant says only that the Court of Appeal was wrong in finding a general right of access to roads, for purposes of hunting. There is nothing in the record which

[5] (1958), 122 C.C.C. 173.

L'argument de l'intimé que puisqu'il existe un droit d'accès restreint, non relié à la chasse, cela donne naissance et sert de fondement à un droit d'accès illimité pour chasser en vertu de la clause 13, est indéfendable. On ne peut donner comme signification à la clause 13 que dès qu'un Indien peut pénétrer sur une terre pour une fin non reliée à la chasse, par exemple pour le travail ou les loisirs, il peut aussi y chasser. L'argument de l'intimé donnerait aux Indiens des droits de chasse en toute saison de l'année, et par tous les moyens, dans tous les lieux auxquels le public a accès, comme les routes, parcs, champs communaux, terrains de golf publics, terrains de jeu et de pique-nique. Il faut restreindre le sens du terme «accès» dans la réserve à ce qui fait l'objet de l'ensemble de la clause où elle se trouve, savoir, la chasse par les Indiens. A mon avis, les Indiens ont le droit de chasser, de prendre du gibier au piège et de pêcher du poisson pour se nourrir, en toute saison de l'année, sur: a) toutes les terres inoccupées de la Couronne; b) toutes les terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens, ou d'autres personnes, ont, en vertu de la loi, de la *common law* ou autrement, un droit d'accès pour chasser, piéger ou pêcher; c) toutes les terres privées occupées auxquelles les Indiens ont, de par la coutume, l'usage ou du consentement du propriétaire ou de l'occupant, un droit d'accès pour chasser, piéger ou pêcher. Voir *R. v. Little Bear*[5]. Lorsqu'il existe un droit d'accès pour chasser sur une terre, les Indiens profitent de ce droit général qui ne peut être restreint par des lois provinciales qui imposent des restrictions saisonnières, des limites de prise, des exigences de permis ou pareilles conditions: le critère important est que la chasse soit pour se nourrir.

Passons maintenant à l'argument subsidiaire de l'intimé, fondé sur la conclusion du juge O'Sullivan que [TRADUCTION] «pendant la saison de la chasse, les non-Indiens sont autorisés à chasser sur les bas-côtés des chemins publics lorsqu'il est possible de le faire sans danger pour le public». Sur ce point, l'appelante dit simplement que la Cour d'appel s'est trompée en concluant qu'il existe un droit d'accès général aux chemins pour y chasser. Rien

[5] (1958), 122 C.C.C. 173.

enables this Court to determine whether the public does have a right of access to roads, in Manitoba, to hunt in open season. No evidence was tendered in support of this contention. *The Wildlife Act* and *Regulations*, we are told, are silent on the matter. All we know is that O'Sullivan J.A. takes judicial notice of it as a matter of "common knowledge". Monnin J.A., by a form of judicial notice, reaches the opposite conclusion. We are thrown back then upon the common law.

In *Harrison v. Duke of Rutland*[6], the plaintiff went upon the highway, not for the purpose of using it as a highway, but solely for the purpose of using it to interfere with defendant's enjoyment of his right of shooting on adjoining land. It was held that inasmuch as the plaintiff was upon the highway for purposes other than its use as a highway, he was a trespasser. Lopes L.J., at p. 153 of the report, had this to say: "But I take it to be clear that, if in fact a man be on land where the public have a right to pass and repass, not for the purpose of passing and repassing, but for other and different purposes, he is in law a trespasser, . . .". Lord Esher M.R., in the same case, applied the test of "reasonable and usual mode" of using the highway (at pp. 146-7). See also *Hickman v. Maisey*[7]. In my view, hunting is not one of the purposes for which roads are made available and accessible for the use of the public. I agree with Mr. Justice Monnin, when he stated in the instant case:

> A public road in Manitoba is occupied Crown land. Citizens, including Indians, have a right of access to public roads and road allowances but such right is limited to ingress and egress, to travel thereon, and to movement thereon but does not extend to hunting thereon. Therefore it is not land to which Indians have a right of access for the purpose of hunting.

A further reason impels one to resist adopting the approach which found favour with a majority of the Manitoba Court of Appeal. That approach recognizes in non-Indians, a right to hunt on public road allowances "where the activity can be

[6] [1893] 1 Q.B. 142.
[7] [1900] 1 Q.B. 752.

au dossier ne permet à cette Cour de déterminer si au Manitoba, le public a effectivement un droit d'accès aux chemins pour y chasser pendant la saison de la chasse. Aucune preuve n'appuie cette prétention. *The Wildlife Act* et son *Règlement* d'application, nous dit-on, sont muets sur ce sujet. Tout ce que nous savons, c'est que le juge O'Sullivan en a pris connaissance d'office comme d'une chose de «notoriété publique». Le juge Monnin, par une sorte de connaissance d'office, vient à la conclusion opposée. Cela nous renvoie donc à la *common law*.

Dans l'affaire *Harrison v. Duke of Rutland*[6], le demandeur s'était rendu sur la route, non dans le but de l'utiliser comme route, mais uniquement dans celui de nuire à la jouissance par le défendeur de son droit de tirer sur une terre contiguë. On a décidé que comme le demandeur se trouvait sur la route à des fins autres que son utilisation comme route, il était un intrus. Le lord juge Lopes, à la p. 153 du recueil, a dit: [TRADUCTION] «Mais il me paraît clair que si, dans les faits, un individu se trouve sur une terre où le public a le droit de circuler, non pour y circuler mais à d'autres fins, il est, en droit, un intrus, . . .». Le maître des rôles, lord Esher, dans la même affaire a appliqué le critère du [TRADUCTION] «mode habituel et raisonnable» d'utilisation de la route (aux pp. 146 et 147). Voir aussi *Hickman v. Maisey*[7]. A mon avis, la chasse n'est pas une des fins pour lesquelles les chemins sont ouverts au public. Je suis d'accord avec le juge Monnin, lorsqu'il dit en l'espèce:

> [TRADUCTION] Un chemin public au Manitoba est une terre occupée de la Couronne. Les citoyens, y compris les Indiens, ont un droit d'accès aux chemins publics et aux bas-côtés, mais ce droit se limite à s'y engager et à en sortir, à y circuler et à s'y déplacer, mais il ne s'étend pas à la chasse. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une terre à laquelle les Indiens ont un droit d'accès pour y chasser.

Pour une autre raison, on est obligé de résister au point de vue qu'a retenu la majorité en Cour d'appel du Manitoba. Ce point de vue reconnaît aux non-Indiens le droit de chasser sur les bas-côtés des chemins publics [TRADUCTION] «lorsqu'il

[6] [1893] 1 Q.B. 142.
[7] [1900] 1 Q.B. 752.

carried on without danger to the public". From that right a like right, indeed an extended right, is said to be enjoyed by the Indians. The difficulty presented in the practical application of such an ill-defined test is obvious. The right to hunt would vary with the locality and the particular stretch of road, with the time of day, volume of traffic, proximity of habitation and non-hunters, and many other factors. The right to hunt would rest upon the view one might take as to the danger of the hunting. The impracticability of such a test is patent.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal and restore the convictions.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the repondent: Pollock & Company, Winnipeg.

est possible de le faire sans danger pour le public». De ce droit, dit-on, il découle que les Indiens peuvent jouir d'un droit semblable, à vrai dire un droit plus étendu. L'application pratique d'un critère aussi mal défini présente des difficultés évidentes. Le droit de chasser varierait selon la région et le tronçon de chemin en cause, selon l'heure du jour, la circulation, la proximité d'habitations et de non-chasseurs, et de beaucoup d'autres facteurs. Le droit de chasser dépendrait de l'opinion que chacun peut avoir du danger inhérent à la chasse. Pareil critère est manifestement impraticable.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Pollock & Company, Winnipeg.

The Rental Commission, Jean Geoffrion, Q.C. and George Bey, Q.C. *Appellants*;

and

G. George Sand *et al.* *Respondents*;

and

Rockhill Investments Ltd. *Mis en cause.*

1980: May 7.

Present: Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Decision by the Rental Commission — Factors to be considered in setting rental — Jurisdiction of the Commission — Writ of evocation — Code of Civil Procedure, art. 846 — Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, S.Q. 1951-52, c. 20 as amended, ss. 13, 19, 20, 26.

Respondents, lessees of the mis en cause, obtained a writ of evocation from a judge of the Superior Court against a decision of appellant, the Rental Commission, which had reversed a decision of the Rental Administrator. The Superior Court judge held that by refusing to consider evidence that the premises had deteriorated and services had been reduced, the Commission had not merely committed an error of law but had misinterpreted the sections of the *Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners* which lay down its jurisdiction. The Court of Appeal unanimously affirmed the Superior Court judgment.

Held: The appeal is dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], affirming the decision of M. L. Rothman J. of the Superior Court[2] to authorize a writ of evocation to be issued against the Rental Commission. Appeal dismissed.

Paule Lafontaine and *Robert Monette*, for the appellants.

James Khazzam, for the respondents.

David I. Schatia, for the mis en cause.

[1] C.A.M. 500-09-00878-785, January 25, 1977.
[2] S.C.M. 500-05-131390-788, June 28, 1978.

La Commission des loyers, Me Jean Geoffrion, c.r., et Me George Bey, c.r. *Appelants*;

et

G. George Sand *et autres* *Intimés*;

et

Rockhill Investments Ltd. *Mise en cause.*

1980: 7 mai.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Décision de la Commission des loyers — Éléments à considérer dans la fixation du loyer — Compétence de la Commission — Bref d'évocation — Code de procédure civile, art. 846 — Loi pour favoriser la conciliation entre propriétaires et locataires, S.Q. 1951-52, chap. 20 et modifications, art. 13, 19, 20, 26.

Les intimés, locataires de la mise en cause, ont obtenu d'un juge de la Cour supérieure un bref d'évocation contre une décision de l'appelante, la Commission des loyers, qui avait infirmé une décision de l'administrateur des loyers. Le juge de la Cour supérieure a décidé qu'en refusant de considérer la preuve de détérioration des lieux et de la réduction des services, la Commission n'avait pas commis une simple erreur de droit mais qu'elle avait mal interprété les articles de la *Loi pour favoriser la conciliation entre propriétaires et locataires* qui déterminent sa compétence. La Cour d'appel, à l'unanimité, a confirmé le jugement de la Cour supérieure.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1] confirmant la décision du juge M. L. Rothman de la Cour supérieure[2] d'autoriser l'émission d'un bref d'évocation contre la Commission des loyers. Pourvoi rejeté.

Paule Lafontaine et *Robert Monette*, pour les appelants.

James Khazzam, pour les intimés.

David I. Schatia, pour la mise en cause.

[1] C.A.M. 500-09-00878-785, le 25 janvier 1977.
[2] C.S.M. 500-05-131390-788, le 28 juin 1978.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

DICKSON J.—It will not be necessary to hear you, Mr. Khazzam. We are all of the opinion that no error has been demonstrated in the decision of the Court of Appeal. The appeal is, accordingly, dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Boissonneault, Roy & Poulin, Montreal.

Solicitors for the respondents: Spiegel & Kravetz, Montreal.

Solicitors for the mis en cause: Schatia & Sazant, Montreal.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE DICKSON—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Khazzam. Nous sommes tous d'avis qu'aucune erreur n'a été démontrée dans l'arrêt de la Cour d'appel. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Boissonneault, Roy & Poulin, Montréal.

Procureurs des intimés: Spiegel & Kravetz, Montréal.

Procureurs de la mise en cause: Schatia & Sazant, Montréal.

Gerald G. Bauer (*Defendant*) *Appellant*;

and

The Bank of Montreal (*Plaintiff*) *Respondent*.

1980: February 14; 1980: April 22.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Guarantee — Liability of guarantor to creditor when creditor fails to preserve security — Exemption clauses — Rules of construction — Misrepresentation — Collateral oral agreement contradicting written guarantee.

The appellant, the guarantor, was the principal officer and major shareholder of a company, a customer of the respondent bank. The bank advanced an operating credit to the company upon receiving an assignment of the company's book accounts and the guarantee of indebtedness by the appellant. The appellant eventually sold his interest in the company but was not released from his liability by the bank. When the company went into bankruptcy, it was found that the bank had registered the said assignment in the wrong county and the assignment was held to be void against the trustee. The assigned accounts became available to general creditors and were of little if any value to the guarantor in reducing his obligation under the guarantee. The bank brought this action against the appellant upon the guarantee and the action was dismissed by the Supreme Court of Ontario on the basis that the guarantor was entitled to be relieved, wholly or partially, from his liability depending on the extent of the injury suffered, for the reason that the bank by its failure to safeguard the security for the guarantee had rendered itself incapable of returning the security to the guarantor on payment of the debt. The Court of Appeal, while agreeing with the trial judge upon his disposition of the case as it was presented to him, allowed the appeal on a new point not raised or argued at trial, *i.e.*, under the guarantee it was expressly said that the bank could "abstain from perfecting securities", and these words were held by the Court to relieve the bank in this case from the consequences of non-registration of the assignment.

Held: The appeal should be dismissed.

The creditor, in the absence of agreement to the contrary with the debtor or the surety, must protect and preserve the security and be in a position, unless excused

Gerald G. Bauer (*Défendeur*) *Appelant*;

et

La Banque de Montréal (*Demanderesse*) *Intimée*.

1980: 14 février; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Cautionnement — Obligation de la caution envers le créancier lorsque le créancier omet de conserver la garantie — Clauses d'exonération — Règles d'interprétation — Déclaration inexacte — Entente verbale accessoire contraire au cautionnement écrit.

L'appelant, la caution, administrateur principal et actionnaire majoritaire d'une compagnie, était client de la banque intimée. La banque a fourni à la compagnie un crédit à l'exploitation sur cession des comptes-clients de cette dernière et garantie de la dette par l'appelant. L'appelant a finalement vendu ses actions de la compagnie mais la banque ne l'a pas libéré de son obligation. Quand la compagnie a déclaré faillite, on a découvert que la banque avait enregistré la cession dans le mauvais comté ce qui a entraîné l'inopposabilité de la cession au syndic. Les comptes cédés sont devenus le gage commun des créanciers ordinaires et n'ont eu qu'un effet minime, sinon aucun, pour réduire l'obligation de la caution en vertu du cautionnement. La banque a intenté cette action en cautionnement contre l'appelant; l'action a été rejetée par la Cour suprême de l'Ontario au motif que la caution avait droit d'être déchargée entièrement ou partiellement de son obligation dans la mesure du préjudice subi parce qu'en ne protégeant pas la garantie du cautionnement, la banque s'était mise dans l'impossibilité de rétrocéder la garantie à la caution sur paiement de la dette. Tout en souscrivant à la décision du juge de première instance sur l'affaire telle qu'elle lui était présentée, la Cour d'appel a accueilli l'appel sur un nouveau moyen non présenté ni plaidé en première instance, savoir que le cautionnement stipulait expressément que la banque pouvait «s'abstenir de parfaire les garanties»; la Cour a jugé qu'en l'espèce ces mots libérait la banque des conséquences du non-enregistrement de la cession.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En l'absence d'une convention contraire avec le débiteur ou la caution, la créancier doit protéger et conserver la garantie et être en mesure, à moins d'en être exempté

by other agreement, to return or reassign the security to the debtor or surety on repayment of the debt. The Court rejected the appellant's contention that the clause in the guarantee relied upon by the Court of Appeal is an exception clause and subject to any special rules of construction. The bank was under a duty not to damage the position of the guarantor beyond the terms of the agreement but the clause is clear in that it provides that a failure to perfect security or to register will not impair the bank's position. The clause is not onerous or unreasonable. The contract created no unusual or onerous burden in ordinary commercial terms. The Court also rejected the appellant's contention that the execution of the guarantee was procured by misrepresentation of its full nature and effect by the bank. There was no evidence which would support any finding of misrepresentation against the bank. Finally, the Court rejected the appellant's contention that the bank could not rely on the clause because it was an express condition of the giving of the guarantee that the accounts be preserved for the benefit of the guarantor and reassigned to him on payment of the company's indebtedness. It is difficult, in this case, to discover any very clear support for the existence of any such collateral or qualifying agreement, and a collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement.

Re Grey Electronic Supply Limited (1974), 6 O.R. (2d) 308; *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*, [1949] O.R. 123; *Jamesway v. Krug* (1932), 41 O.W.N. 146; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547; *Perry v. National Provincial Bank of England*, 1 Ch. 464 [1910]; *Canadian Indemnity Company v. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*, [1971] S.C.R. 493; *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*, [1968] 1 W.L.R. 625; *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*, [1951] 1 Lloyds L.R. 32; *Mendelsohn v. Norman Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 177, referred to; *Hawrish v. Bank of Montreal*, [1969] S.C.R. 515, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario. Appeal dismissed.

B. P. Bellmore, for the defendant, appellant.

J. L. McDougall, for the plaintiff, respondent.

par une autre convention, de la remettre ou de la rétrocéder au débiteur ou à la caution sur paiement de la dette. Cette Cour rejette la prétention de l'appelant que la clause du cautionnement sur laquelle la Cour d'appel s'est appuyée, soit une clause d'exclusion soumise à des règles spéciales d'interprétation. La banque avait l'obligation de ne pas nuire à la position de la caution excepté aux termes de la convention, mais la clause est claire car elle prévoit que le défaut de parfaire la garantie ou de l'enregistrer ne portera pas atteinte à la position de la banque. La clause n'est ni onéreuse ni déraisonnable. Le contrat ne crée aucun fardeau exceptionnel ou onéreux selon le langage commercial ordinaire. La Cour rejette aussi la prétention de l'appelant que la signature du cautionnement a été obtenue par une déclaration inexacte de la banque quant à sa nature et à son effet réels. Aucune preuve ne peut appuyer une telle conclusion contre la banque. Finalement, la Cour rejette la prétention de l'appelant que la banque ne pouvait invoquer la clause parce qu'à titre de condition expresse du consentement au cautionnement, les comptes devaient être conservés pour le bénéfice de la caution et rétrocédés à cette dernière sur paiement des dettes de la compagnie. Il est difficile, en l'espèce, de trouver un appui très clair à l'existence de pareille convention accessoire ou modificatrice, et on ne peut faire la preuve d'une convention accessoire lorsqu'elle est incompatible avec un contrat écrit ou qu'elle le contredit.

Jurisprudence: *Re Grey Electronic Supply Limited* (1974), 6 O.R. (2d) 308; *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson* (1968), 2 D.L.R. (3d) 666; *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*, [1949] O.R. 123; *Jamesway v. Krug* (1932), 41 O.W.N. 146; *Bryans v. Peterson* (1920), 47 O.L.R. 298; *Rose v. Aftenberger et al.*, [1970] 1 O.R. 547; *Perry v. National Provincial Bank of England*, 1 Ch. 464 [1910]; *Canadian Indemnity Company c. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*, [1971] R.C.S. 493; *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*, [1968] 1 W.L.R. 625; *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*, [1951] 1 Lloyds L.R. 32; *Mendelsohn v. Norman Ltd.*, [1970] 1 Q.B. 177; *Hawrish c. Banque de Montréal*, [1969] R.C.S. 515 (arrêt suivi).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour suprême de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

B. P. Bellmore, pour le défendeur, appelant.

J. L. McDougall, pour la demanderesse, intimée.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of the effect upon the liability of a guarantor to the creditor when the creditor, by reason of its dealing with security for the debt, has rendered it impossible to deliver the security to the guarantor upon the guarantor paying the debt.

Bauer, defendant at trial and appellant in this Court, hereinafter referred to as the guarantor, was in March of 1971 the principal officer and major shareholder of a company known as Grey Electronics Supply Limited, hereinafter referred to as the company. The company was a customer of the respondent bank. The bank was prepared to advance or to continue to allow the company an operating credit of up to $50,000 upon receiving an assignment of the company's book accounts and the guarantee of the indebtedness by the guarantor. The guarantee was signed on the bank's standard form on March 29, 1971, and the assignment of book accounts was executed later on April 7, 1971. Despite the difference in date, it is common ground that the two dispositions formed part of the same transaction. In December of 1971, the guarantor sold his interest in the company to one David Walling. The bank would not, however, release him from his liability under the guarantee and it remained in effect. The company ran into serious difficulty and in August of 1974 it went into bankruptcy. The amount then owing by the company to the bank came to $36,165.73. In the bankruptcy proceedings, the bank claimed preference relying upon its assignment of book accounts. The trustee, however, contested this claim successfully (see *Re Grey Electronic Supply Limited*[1]) on the basis that the assignment had not been registered by the bank. The bank had attempted to register and in fact had done so but in the wrong county. The result of this failure, which was entirely the responsibility of the bank, was that the assignment was held to be void against the trustee. The assigned accounts, for whatever value they possessed, became available to general creditors and were of little if any value to the guarantor in

[1] (1974), 6 O.R. (2d) 308 (S.C.).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi pose la question de l'effet que peuvent avoir sur l'obligation d'une caution envers le créancier, les actes du créancier en rapport avec la garantie de la dette qui ont rendu impossible sa rétrocession à la caution lorsque cette dernière a payé la dette.

Bauer, défendeur en première instance et appelant en cette Cour, ci-après appelé la caution, était, en mars 1971, administrateur principal et actionnaire majoritaire d'une compagnie connue sous le nom de Grey Electronic Supply Limited, ci-après appelée la compagnie. La compagnie était cliente de la banque intimée. La banque était disposée à fournir ou à continuer de consentir à la compagnie un crédit à l'exploitation jusqu'à concurrence de $50,000 moyennant cession des comptes-clients de cette dernière et garantie de la dette par la caution. Le cautionnement a été signé sur le formulaire type de la banque le 29 mars 1971 et la cession des comptes-clients a été signée plus tard le 7 avril 1971. Malgré les dates différentes, il est admis que les deux actes font partie de la même opération. En décembre 1971, la caution a vendu ses actions de la compagnie à un nommé David Walling. Cependant, la banque a refusé de la libérer de l'obligation contractée en vertu du cautionnement qui est demeuré en vigueur. La compagnie a connu des difficultés sérieuses et, en août 1974, elle a déclaré faillite. La compagnie devait alors $36,165.73 à la banque. Dans les procédures de faillite, la banque a fait valoir son droit d'être préférée vu la cession des comptes-clients. Cependant, le syndic a contesté avec succès cette réclamation (voir *Re Grey Electronic Supply Limited*[1]) pour le motif que la banque n'avait pas enregistré la cession. La banque avait voulu l'enregistrer et l'avait effectivement fait mais dans le mauvais comté. Ce défaut, dû exclusivement à la banque, a entraîné l'inopposabilité de la cession au syndic. Les comptes cédés, quelle que soit leur valeur, sont devenus le gage commun des créanciers ordinaires et n'ont eu qu'un effet minime, sinon aucun, pour réduire l'obligation de la caution ou l'indemniser

[1] (1974), 6 O.R. (2d) 308 (S.C.).

reducing his obligation or recouping his loss under the guarantee. At trial before Galligan J. the bank's action was dismissed. The trial judge held that a creditor was under an obligation to "safeguard securities given to him in the same condition as when the guarantee was given and if registration is necessary to make the security valid and effective, then the creditor must properly register the securities". He went on to hold that where a creditor fails to preserve the security, and it therefore became unavailable for delivery to the guarantor upon payment of the debt, the guarantor would be relieved wholly or partially from his liability depending on the extent of the injury suffered. He held as well that since the bank had not met the onus of showing to what extent the guarantor was prejudiced by the loss of the accounts, the guarantor was entitled to be fully discharged. On appeal by the bank, the Court of Appeal per Arnup J.A. agreed with the trial judge upon his disposition of the case as it was presented to him but allowed the appeal on a new point not raised or argued at trial.

As has been stated earlier, the guarantee was on the bank's standard form which is used regularly for this purpose. It provided for a continuing guarantee by the guarantor of all indebtedness of the company to the bank from time to time owing up to $50,000 and provided as well:

> It is further agreed that said bank, without exonerating in whole or in part the undersigned, or any of them (if more than one), may grant time, renewals, extensions, indulgences, releases and discharges to, may take securities from and give the same and any or all existing securities up to, may abstain from taking securities from, or from perfecting securities of, . . . the customer.

The inclusion of this provision in the guarantee raised the only point considered of significance in the Court of Appeal and Arnup J.A. for the Court dealt with it in these words:

> In the circumstances of this case, the words "perfecting securities" in the guarantee included registration of the assignment of book debts in the right place. The guarantee contains in express terms an agreement by the

de la perte subie à cause du cautionnement. En première instance, le juge Galligan a rejeté l'action de la banque. Il a jugé qu'un créancier avait l'obligation de [TRADUCTION] «maintenir les garanties qui lui étaient données dans l'état où elles étaient au moment où il les a reçues et que si l'enregistrement est nécessaire pour rendre la garantie valide et exécutoire, alors le créancier doit l'enregistrer de la façon appropriée.» Il a ensuite décidé que lorsqu'un créancier ne conserve pas la garantie et qu'il devient alors impossible de la rétrocéder à la caution sur paiement de la dette, celle-ci est déchargée entièrement ou partiellement de son obligation dans la mesure du préjudice subi. Il a également jugé que puisque la banque ne s'était pas acquittée du fardeau de prouver l'étendue du préjudice qu'a subi la caution par la perte des comptes, la caution avait droit d'être entièrement libérée de son obligation. Lors de l'appel par la banque, le juge Arnup a souscrit à la décision du juge de première instance sur l'affaire telle qu'elle lui était présentée, mais a accueilli l'appel sur un nouveau moyen non présenté ni plaidé en première instance.

Comme je l'ai dit plus tôt, le contrat de cautionnement utilisé est le formulaire type régulièrement employé par la banque à cette fin. Il prévoit une garantie permanente par la caution de toutes les dettes éventuelles de la compagnie envers la banque jusqu'à concurrence de $50,000 et prévoit également:

> [TRADUCTION] Il est de plus convenu que ladite banque, sans libérer entièrement ou partiellement le soussigné, ou l'un d'entre eux (s'il y en a plus d'un), peut accorder un délai, des renouvellements, des prolongations, des tolérances, des remises et des quittances au client, elle peut accepter des garanties du client et lui remettre celles-ci ou une ou toutes les garanties actuelles, elle peut s'abstenir de prendre des garanties du client ou de parfaire ces garanties.

L'insertion de cette disposition dans le cautionnement pose la seule question que la Cour d'appel a estimée importante et le juge Arnup parlant au nom de la Cour l'a interprétée comme suit:

> [TRADUCTION] Dans les circonstances de l'espèce, les mots «parfaire ces garanties» dans le cautionnement comprennent l'enregistrement de la cession des comptes-clients à l'endroit approprié. Le cautionnement stipule

signatory with the bank that the bank may abstain from perfecting securities without exonerating in whole or in part the guarantor. In our view, this language precisely covers the situation that arose, and accordingly it was not open to the defendant to assert, by way of defence, the alleged negligent dealing with the securities by the bank.

The duty of a creditor holding security for the performance of the obligations of a debtor or a surety is clearly established. The creditor, in the absence of agreement to the contrary with the debtor or the surety, must protect and preserve the security and be in a position, unless excused by other agreement, to return or reassign the security to the debtor or surety on repayment of the debt. The principle was aptly stated in *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson*[2] by Bull J.A., at p. 672, where he collected various authorities on the point. As well Robertson C.J.O. in *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*[3] reviewed several authorities on the point at pp. 132 and 133, after having said at p. 131, regarding the position of an endorser of a note who had no contract with the payee:

> There was no contractual relationship between them with respect to the mortgage security given the appellant by the Fosters, the principal debtors. Such right or interest as the respondents had in that security rested, not upon contract, but on the rule of equity by which, upon payment of the debt, the surety is entitled to benefit of every security held by the creditor, even though neither contracted for by the surety, nor known to him, and even though not existing until after the surety became bound.

There are other authorities and writings to the same effect. See *Jamesway v. Krug*[4], *Bryans v. Peterson*[5], as well as *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 20, p. 152, para. 280 *et seq.*, and *Snell's Principles of Equity*, 27th ed., p. 462 and p. 463. It was upon a recognition of this principle, and without having the clause above quoted referred to him, that Galligan J. exonerated the guarantor at trial.

[2] (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.).
[3] [1949] O.R. 123.
[4] (1932), 41 O.W.N. 146 (Ont. H.C.).
[5] (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.).

expressément que la banque peut s'abstenir de parfaire les garanties sans libérer entièrement ou partiellement la caution. A notre avis, ces termes visent précisément la situation qui s'est présentée et, par conséquent, le défendeur ne peut invoquer en défense la prétendue négligence de la banque relativement aux garanties.

Le devoir d'un créancier qui détient une garantie relative à l'exécution des obligations d'un débiteur ou d'une caution est bien établi. En l'absence d'une convention contraire avec le débiteur ou la caution, le créancier doit protéger et conserver la garantie et être en mesure, à moins d'en être exempté par une autre convention, de la remettre ou de la rétrocéder au débiteur ou à la caution sur paiement de la dette. Le principe a été correctement énoncé dans *Traders Finance Corporation Limited v. Halverson*[2] par le juge Bull, à la p. 672, qui cite de la jurisprudence sur la question. De même le juge Robertson, juge en chef de l'Ontario, dans *Household Finance Corporation Limited v. Foster Limited et al.*[3], analyse plusieurs décisions sur la question aux pp. 132 et 133, après avoir dit à la p. 131, sur la situation de l'endosseur d'un billet qui n'a aucun contrat avec le bénéficiaire:

> [TRADUCTION] Il n'existait aucun lien contractuel entre eux relativement à la garantie hypothécaire que les Foster, les principaux débiteurs, avaient donnée à l'appelante. Le droit ou l'intérêt que les intimés détenaient dans cette garantie reposait non pas sur un contrat mais sur la règle d'*equity* en vertu de laquelle, sur paiement de la dette, la caution a droit de bénéficier de toute garantie détenue par le créancier, peu importe qu'elle ne soit pas partie au contrat, qu'elle en ignore l'existence, et que la garantie n'existât pas au moment où la caution s'est engagée.

D'autres décisions et écrits vont dans le même sens. Voir *Jamesway v. Krug*[4], *Bryans v. Peterson*[5], de même que *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 20, à la p. 152, par. 280 et suiv., et *Snell's Principles of Equity*, 27e éd., aux pp. 462 et 463. C'est selon ce principe, et sans que la clause précitée lui soit mentionnée, que le juge Galligan a exonéré la caution en première instance.

[2] (1968), 2 D.L.R. (3d) 666 (B.C.C.A.).
[3] [1949] O.R. 123.
[4] (1932), 41 O.W.N. 146 (H.C. Ont.).
[5] (1920), 47 O.L.R. 298 (C.A.).

Despite this rule, it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract himself out of the protection of the equitable rule requiring preservation of his security. If authority is needed for such a proposition, it may be found in *Rose v. Aftenberger et al.*[6], where Laskin J.A., as he then was, speaking for the Ontario Court of Appeal, said:

> The law is that sureties are entitled to the benefits of any security taken by a creditor who has their promise to pay the debt of the principal obligor, unless the sureties have contracted themselves out of this right or are estopped from asserting it. In this connection it is immaterial when the security was taken or whether the guarantor knew of it at the time.

See as well Holden, *Security for Banker's Advances*, 2nd ed., pp. 197 *et seq.*, where the question is discussed and reference is made to *Perry v. National Provincial Bank of England*[7]. It was upon this basis that the Court of Appeal allowed the appeal and imposed liability on the guarantor.

In this Court, the appellant argued several points. In summary, his argument embraced four principal propositions. He contended in the first place that the clause in the guarantee relied upon by the Court of Appeal was an exemption or exclusion clause, and as such it should be construed *contra proferentem*, that is, against the bank whose standard printed form embodied the guarantee. He then contended that the bank could not rely on the clause because it was unusual, onerous, and unreasonable. Further, it was said that the execution of the guarantee was procured by a misrepresentation of its nature and effect by the bank and it should be set aside. Finally it was argued that it had been specifically agreed in a collateral agreement that the assigned accounts would be preserved for reassignment to the guarantor upon payment of the debt.

I turn now to the exemption clause argument. It was argued that the provision giving the bank wide freedom in its dealing with security furnished by

[6] [1970] 1 O.R. 547.
[7] [1910] 1 Ch. 464 (C.A.).

Malgré cette règle, les parties peuvent conclure leur propre entente, et une caution peut renoncer à la protection de la règle d'*equity* qui exige la conservation de sa garantie. Si besoin est, on peut citer l'arrêt *Rose v. Aftenberger et al.*[6], qui appuie cette proposition. Le juge Laskin, maintenant juge en chef du Canada, parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, y a dit:

> [TRADUCTION] En droit, les cautions peuvent bénéficier de toute garantie prise par un créancier à qui elles ont promis de payer la dette du débiteur principal, à moins qu'elles aient renoncé à ce droit ou qu'elles soient empêchées de le revendiquer. A cet égard, le moment où la garantie est acceptée ou la connaissance de son existence par la caution à l'époque importe peu.

Voir également Holden, *Security for Banker's Advances*, 2e éd., aux pp. 197 et suiv., où l'on analyse la question et mentionne l'arrêt *Perry v. National Provincial Bank of England*[7]. C'est sur ce fondement que la Cour d'appel a accueilli l'appel et conclu à la responsabilité de la caution.

Devant cette Cour, l'appelant a invoqué plusieurs moyens. En bref, sa plaidoirie comprend quatre propositions principales. Il prétend d'abord que la clause du cautionnement sur laquelle s'est appuyée la Cour d'appel est une clause d'exonération ou d'exclusion, et qu'à ce titre elle doit être interprétée *contra proferentem*, c'est-à-dire contre la banque dont le formulaire type constate le cautionnement. Il ajoute ensuite que la banque ne peut invoquer la clause parce qu'elle est exceptionnelle, onéreuse et déraisonnable. De plus il allègue que la banque a obtenu la signature du cautionnement par une déclaration inexacte sur la nature et l'effet de celui-ci et qu'il devrait être annulé. Finalement il soutient qu'il a été spécifiquement convenu dans une convention accessoire que les comptes cédés seraient conservés pour être rétrocédés à la caution sur paiement de la dette.

J'examine d'abord l'argument fondé sur la clause d'exonération. On prétend que la clause qui donne à la banque toute liberté d'action relative-

[6] [1970] 1 O.R. 547.
[7] [1910] 1 Ch. 464 (C.A.).

the company fell into the classification of an exclusion clause and it was therefore subject to special rules of construction. There have been various attempts to define and to categorize exemption clauses which generally have the effect of excluding or limiting the liability of one party to a contract and which generally, but not always, appear in standard form contracts widely used in commercial matters. While they have been variously described, I find that the categorization in *Chitty on Contracts*, 24th ed., vol. 1, at p. 362, particularly helpful where it is said:

> Exemption clauses may broadly be divided into three categories. First, there are clauses which purport to exempt one party from a substantive obligation to which he would otherwise be subject under the contract, for example, by excluding express or implied terms, by limiting liability to cases of wilful neglect or default, or by binding a buyer of land or goods to accept the property sold subject to "faults", "defects" or "errors of description". Secondly, there are clauses which purport to relieve a party in default from the sanctions which would otherwise attach to his breach of contract, such as the liability to be sued for breach or to be liable in damages, or which take away from the other party the right to repudiate or rescind the agreement. Thirdly, there are clauses which purport to qualify the duty of the party in default to indemnify the other party, for example, by limiting the amount of damages recoverable against him, or by providing a time-limit within which claims must be made.

Contracts falling within these categories are said to be subject to special rules of construction. In construing such a clause, the court will see that the clause is expressed clearly and that it is limited in its effect to the narrow meaning of the words employed and it must clearly cover the exact circumstances which have arisen in order to afford protection to the party claiming benefit. It is generally to be construed against the party benefiting from the exemption and this is particularly true where the clause is found in a standard printed form of contract, frequently termed a contract of adhesion, which is presented by one party to the other as the basis of their transaction. No argument was raised by the bank against the general

ment à la garantie fournie par la compagnie relève de la catégorie des clauses d'exclusion et qu'elle est donc soumise à des règles spéciales d'interprétation. Plusieurs tentatives ont été faites pour définir et classer les clauses d'exonération qui ont généralement l'effet d'exclure ou de limiter la responsabilité d'une partie à un contrat et qui généralement, mais pas toujours, sont insérées dans les contrats types largement utilisés dans le commerce. Bien qu'elles aient fait l'objet de plusieurs descriptions, je considère la classification donnée dans *Chitty on Contracts*, 24e éd., vol. 1, à la p. 362, particulièrement utile:

> [TRADUCTION] On peut généralement diviser les clauses d'exonération en trois catégories. Premièrement, il y a les clauses qui visent à exonérer une partie d'une obligation réelle à laquelle elle serait autrement assujettie en vertu du contrat, par exemple, par des clauses formelles ou implicites d'exclusion, par une limitation de la responsabilité aux cas de négligence volontaire ou de manquement à un engagement, ou par une stipulation que l'acheteur de bien-fonds ou de marchandises doit accepter le bien vendu avec ses «vices», «défauts» ou «erreurs de description». Deuxièmement, il y a des clauses qui visent à libérer une partie en défaut des sanctions qu'entraînerait autrement son inexécution du contrat, comme la possibilité d'être poursuivie pour inexécution ou d'être tenue responsable en dommages-intérêts, ou des clauses qui visent à priver l'autre partie du droit de répudier ou de résilier la convention. Troisièmement, il y a les clauses qui visent à limiter l'obligation de la partie en défaut d'indemniser l'autre partie, par exemple, en réduisant le montant des dommages-intérêts qui peuvent lui être réclamés, ou en fixant un délai de prescription des réclamations.

Les contrats qui tombent dans ces catégories sont, a-t-on dit, soumis à des règles spéciales d'interprétation. Lorsque la cour interprète une telle clause, elle s'assure qu'elle est clairement formulée et que son effet est limité au sens restreint des mots employés; pour assurer une protection à la partie qui l'invoque, il doit être évident que la clause vise les circonstances exactes qui se présentent. Elle est généralement interprétée contre la partie qui bénéficie de l'exonération et c'est d'autant plus vrai lorsque la clause se trouve dans un contrat type imprimé, fréquemment appelé contrat d'adhésion, qu'une partie présente à l'autre comme fondement de leur convention. La banque ne conteste pas les énoncés généraux susmentionnés, mais

propositions advanced above, but it was contended that this clause was not an exemption clause and did not become subject to any special rules of construction. I accept the basic argument of the bank on this point. The clause in question is not an exemption clause in my opinion. It is no more than a provision which varies the ordinary terms of a guarantee and which gives the bank the right to deal with security provided by the debtor with greater freedom than would be otherwise permissible. This is a provision by which the guarantor has contracted himself out of the equitable right he would have possessed in the absence of this term and he has, as a term of the contract between the bank and himself, given the bank affirmative rights in this regard. That a guarantor in this situation is fully competent to so dispose of his affairs is beyond question (see the words of Laskin J.A., as he then was, in *Rose v. Aftenberger*, *supra*, quoted above and *Perry v. National Provincial Bank of England*, *supra*, particularly the words of Couzens-Hardy, M.R., at p. 471). The clause in question here is just such a provision as that referred to in the *Perry* case. It must be construed according to the general rules of construction and the appellant may not, in my view, call in aid any special rules applicable in an approach to an exemption clause.

When the whole guarantee is examined, it becomes clear at once that the consideration for the guarantee was the bank's continuation of the line of credit it had advanced to the company. As part of the transaction, the company had agreed to give and had given the assignment of book debts. The clause in question gave the bank powers which it could exercise or not as it chose in dealing with that security. The principal bone of contention here turned on the words permitting the bank to abstain from perfecting or registering securities. "Abstain" meant, it was said, to voluntarily or knowingly refrain from registration. The bank had then not abstained from registration for it had tried unsuccessfully to do so and had negligently failed. Therefore, it was said that upon a strict construction of the clause in question it had not brought itself within its terms and the guarantee should be void. I am not able to accept this argument. I do not consider that the reason or

elle prétend que cette clause n'est pas une clause d'exonération et qu'elle n'est soumise à aucune règle spéciale d'interprétation. J'accepte l'argument fondamental de la banque sur ce point. A mon avis, il ne s'agit pas d'une clause d'exonération. Ce n'est rien de plus qu'une disposition qui modifie les conditions ordinaires d'un cautionnement et qui donne à la banque le droit de traiter la garantie donnée par le débiteur avec beaucoup plus de liberté qu'elle n'en aurait autrement. C'est une disposition par laquelle la caution a renoncé au droit qu'elle aurait eu en *equity* en l'absence de cette stipulation et, par son contrat avec la banque, la caution a donné à cette dernière des droits à cet égard. Il ne fait pas de doute qu'en pareille situation une caution est entièrement libre de régler ainsi ses affaires (voir l'extrait précité de l'opinion du juge Laskin, maintenant juge en chef du Canada, dans *Rose v. Aftenberger*, et *Perry v. National Provincial Bank of England*, précité, particulièrement l'opinion du Maître des rôles Couzens-Hardy, à la p. 471.) La clause en question ici est simplement une condition comme celle mentionnée dans l'affaire *Perry*. On doit l'interpréter conformément aux règles générales d'interprétation et, à mon avis, l'appelant ne peut invoquer en sa faveur aucune règle spéciale applicable à l'examen d'une clause d'exonération.

Lorsque l'on examine le cautionnement dans son ensemble, il devient tout de suite évident qu'il avait pour objet de maintenir la marge de crédit que la banque avait accordée à la compagnie. Aux termes du contrat, la compagnie a accepté de céder ses comptes-clients, ce qu'elle a effectivement fait. La clause en question donnait à la banque des pouvoirs qu'elle pouvait exercer à son gré relativement à cette garantie. En l'espèce, la principale pomme de discorde porte sur les mots qui permettaient à la banque de s'abstenir de parfaire ou d'enregistrer les garanties. «S'abstenir», dit-on, signifie s'abstenir volontairement ou sciemment d'enregistrer. Ainsi, la banque ne s'est pas abstenue d'enregistrer puisqu'elle a essayé de le faire et, par négligence, n'y a pas réussi. On prétend donc que, selon une interprétation stricte de la clause en question, elle ne pouvait s'en prévaloir et que le cautionnement devrait être nul. Je ne peux accepter cet argument. Je n'estime pas que la raison ou le motif du défaut

motive for the bank's non-registration alters the case. The bank was under a duty not to damage the position of the guarantor or act to his prejudice beyond the terms of the agreement but the clause is clear in that it provides that a failure to perfect security or to register will not impair the bank's position. This ground of appeal must fail.

To the argument that the clause was onerous and unreasonable and that the bank could not rely upon it, various arguments were advanced. It was stressed that the guarantee was on a standard bank form, that it was drawn by a party seeking to rely upon the clause, that there was inequality between the parties, and that the clause was unusual in nature. I can find no merit in this position. While it is, of course, true that the guarantee was on the bank's standard form, it is difficult to say that the clause was unusual. It was the one the bank always used and the guarantor, an experienced business man, admitted that he had signed three previous guarantees to the bank on the same form and that he knew the general scope and purpose of the guarantee and what it would require of him. The guarantor was a customer of the bank, he had been for some years. While I suppose it could be said that there is always a degree of inequality between borrower and lender, banker and guarantor, there was no such inequality here that would void the arrangements. Nor, in my opinion, can it be said that there was any unreasonableness in the arrangement. This contract concluded between the bank and the guarantor was an ordinary commercial transaction carried out between the bank and an experienced business man in the same manner and upon the same terms as are employed daily in such matters. The contract created no unusual or onerous burden in ordinary commercial terms. I can find no merit in this argument.

The third argument involves the assertion that the execution of the guarantee was procured by misrepresentation of its full nature and effect by the bank or, alternatively, that there was a failure to explain its nature and effect. The misrepresentation alleged is that the bank manager told the guarantor that upon his paying the amount

d'enregistrement modifie la question. La banque avait l'obligation de ne pas nuire à la position de la caution ou de ne pas lui causer de préjudice excepté selon les termes de la convention, mais la clause est claire car elle prévoit que le défaut de parfaire la garantie ou de l'enregistrer ne portera pas atteinte à la position de la banque. Ce moyen d'appel doit échouer.

Plusieurs arguments ont été avancés à l'appui de la prétention que la clause est onéreuse et déraisonnable et que la banque ne peut l'invoquer. On a fait ressortir qu'un formulaire type de la banque avait été utilisé pour le cautionnement, qu'il émanait de la partie qui invoquait la clause, qu'il y avait inégalité entre les parties et que la clause était exceptionnelle par nature. Je n'estime pas cet argument bien-fondé. Bien qu'il soit évidemment vrai qu'on a utilisé le formulaire type de la banque pour le cautionnement, il est difficile de dire que la clause est exceptionnelle. C'est celle que la banque utilise toujours et la caution, un homme d'affaires expérimenté, a admis qu'il avait signé trois cautionnements antérieurs avec la banque sur le même formulaire et qu'il en connaissait la portée générale et le but ainsi que ce qu'il exigeait de lui. La caution était un client de la banque depuis plusieurs années. Bien que l'on puisse sans doute dire qu'il existe toujours une certaine inégalité entre l'emprunteur et le prêteur, le banquier et la caution, il n'y avait pas ici d'inégalité de nature à rendre les ententes nulles. A mon avis, on ne peut pas dire non plus que l'entente est déraisonnable. Ce contrat conclu entre la banque et la caution est une opération commerciale ordinaire entre la banque et un homme d'affaires expérimenté de la même manière et aux mêmes conditions que celles utilisées quotidiennement dans des affaires de ce genre. Le contrat ne crée aucun fardeau exceptionnel ou onéreux selon le langage commercial ordinaire. Je n'estime pas cet argument bien-fondé.

Le troisième argument porte que la signature du cautionnement a été obtenue par une déclaration inexacte de la banque quant à la nature et à l'effet réels de celui-ci ou, subsidiairement, que l'on n'en a pas expliqué la nature et l'effet. La déclaration inexacte serait celle du directeur de la banque à la caution portant que, sur paiement du montant

secured under the guarantee, the book debts would be reassigned to him. This representation was false for the reason that it contradicted the bank's own document. It was contended that the guarantee would not have been executed in its absence. Various authorities were cited for the proposition that a contract induced by misrepresentation or by an oral representation, inconsistent with the form of the written contract, would not stand and could not bind the party to whom the representation had been made. These authorities included *Canadian Indemnity Company v. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*[8], per Judson J. at p. 500, *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*[9], per Lord Denning at pp. 630-631, *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*[10], see Devlin J. at p. 39, and *Mendelsohn v. Norman Ltd.*[11]

No quarrel can be made with the general proposition advanced on this point by the appellant. To succeed, however, this argument must rest upon a finding of some misrepresentation by the bank, innocent or not, or on some oral representation inconsistent with the written document which caused a misimpression in the guarantor's mind, or upon some omission on the part of the bank manager to explain the contents of the document which induced the guarantor to enter into the guarantee upon a misunderstanding as to its nature. For reasons which will appear later in that part of this judgment dealing with the collateral contract argument, I am of the view that there is no evidence which would support any such finding against the bank. The cases referred to above support the general proposition advanced but rest upon a factual basis providing support for the argument. In each case there is a clear finding of a specific misrepresentation which led to the formation of the contract in question, a circumstance not to be found here. This argument must fail as well.

Finally, it was the contention of the guarantor that the bank could not rely on the above-quoted provision in the facts of this case because it was an

[8] [1971] S.C.R. 493.
[9] [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.).
[10] [1951] 1 Lloyds L.R. 32 (K.B.D.).
[11] [1970] 1 Q.B. 177 (C.A.).

garanti par le cautionnement, les créances lui seraient rétrocédées. Cette déclaration est fausse puisqu'elle contredit le document même de la banque. On a prétendu que sans elle, le cautionnement n'aurait pas été signé. Plusieurs arrêts ont été cités à l'appui de la proposition qu'un contrat obtenu par une déclaration inexacte ou par une déclaration verbale incompatible avec le texte du contrat, ne peut être valide et ne peut lier la partie à qui la déclaration a été faite. Cette jurisprudence comprend les arrêts *Canadian Indemnity Company c. Okanagan Main Line Real Estate Board et al.*[8], le juge Judson à la p. 500, *Jacques v. Lloyd D. George and Partners Limited*[9], lord Denning aux pp. 630 et 631, *Firestone Tire and Rubber Company Limited v. Vokins and Co. Ltd.*[10], voir le juge Devlin à la p. 39, et *Mendelsohn v. Norman Ltd.*[11]

On ne peut contester l'énoncé général de l'appelant sur ce point. Cependant, pour réussir, cet argument doit s'appuyer sur une conclusion que la banque a fait, de bonne foi ou non, une déclaration inexacte, ou sur une déclaration verbale incompatible avec le document qui serait la source d'une impression erronée dans l'esprit de la caution, ou sur quelque omission du directeur de la banque d'expliquer la teneur du document qui a incité la caution à signer le cautionnement en se trompant sur sa nature. Pour les motifs que je donnerai plus loin dans la partie de ce jugement qui porte sur le contrat accessoire, je suis d'avis qu'aucune preuve ne peut appuyer une telle conclusion contre la banque. Les arrêts susmentionnés appuient l'énoncé général soumis mais se fondent sur des faits qui justifient l'argument. Dans chaque cas on conclut clairement à une déclaration inexacte précise qui a entraîné la signature du contrat en question, situation qu'on ne retrouve pas ici. Cet argument doit également échouer.

Finalement, la caution prétend que la banque ne peut invoquer la clause précitée compte tenu des faits de l'espèce parce qu'à titre de condition

[8] [1971] R.C.S. 493.
[9] [1968] 1 W.L.R. 625 (C.A.).
[10] [1951] 1 Lloyds L.R. 32 (K.B.D.).
[11] [1970] 1 Q.B. 177 (C.A.).

express condition of the giving of the guarantee that the accounts be preserved for the benefit of the guarantor and reassigned to him on payment of the company's indebtedness. The bank was, therefore, in breach of its undertaking in this regard and was not entitled to take advantage of the provision. The argument had not been raised at trial presumably because no reliance had been placed upon the relieving provision above quoted.

I have examined the evidence with care and find it difficult to discover any very clear support for the existence of any such collateral or qualifying agreement. However, Galligan J. considered there was such an agreement for he said:

> Not only is it the law that a surety upon payment of the debt is entitled to the benefit of the security held by the creditor, (see *Household Finance Corporation v. Foster* (C.A.), [1949], O.R. 123), in this case I am satisfied that it was understood between the plaintiff's branch manager and the defendant that if the defendant paid the indebtedness of Grey Electronic to the plaintiff, the plaintiff would deliver to him the book debts of Grey Electronic, the assignment of which was held by it.

To make such a finding, he would necessarily have had to rely on evidence. The only evidence I can find in the record of such an arrangement is a statement by the bank manager that the bank would have reassigned the accounts on payment by the guarantor as normal practice, and the assertion by the guarantor that he had been told by the bank manager that if he made good on his guarantee the accounts would be reassigned to him. He said as well that he would not have given his guarantee otherwise. There was then some evidence for the finding of the trial judge and its sufficiency is not for this Court to judge. However, it seems clear to me that this evidence would go towards imposing a limit on the bank's rights with respect to the security given by the debtor. This would clearly contradict the terms of the guarantee which, as has been pointed out, gave the bank the right to abstain from registration and perfection of security. On this basis, it would be inadmissible under the parole evidence rule and any collateral agreement founded upon it could not stand. I can see no

expresse du consentement au cautionnement, les comptes devaient être conservés pour le bénéfice de la caution et rétrocédés à cette dernière sur paiement des dettes de la compagnie. Donc, comme la banque n'a pas respecté son engagement à cet égard, elle n'a pas le droit de se prévaloir de la clause. L'argument n'avait pas été soulevé en première instance sans doute parce qu'on ne s'y est pas appuyé sur la clause d'exonération susmentionnée.

J'ai examiné la preuve minutieusement et il m'est difficile de trouver un appui très clair à l'existence de pareille convention accessoire ou modificatrice. Cependant, le juge Galligan était d'avis qu'une telle convention existait puisqu'il a dit:

> [TRADUCTION] Non seulement en droit une caution peut-elle bénéficier, sur paiement de la dette, de la garantie détenue par le créancier, (voir *Household Finance Corporation v. Foster* (C.A.), [1949] O.R. 123), mais en l'espèce je suis convaincu qu'il était entendu entre le directeur de la succursale de la demanderesse et le défendeur que si le défendeur payait la dette de Grey Electronic à la demanderesse, cette dernière lui rétrocéderait les créances de Grey Electronic, dont elle était cessionnaire.

Pour parvenir à une telle conclusion, il devait nécessairement s'appuyer sur la preuve. La seule preuve d'une telle entente que je trouve au dossier est une déclaration du directeur de la banque que celle-ci rétrocéderait les comptes à la caution sur paiement par cette dernière, selon la pratique courante, et l'affirmation par la caution que le directeur de la banque lui avait dit que s'il respectait son cautionnement les comptes lui seraient rétrocédés. Il a dit également qu'il n'aurait pas consenti au cautionnement autrement. La conclusion du juge de première instance s'appuyait donc sur une certaine preuve et il n'appartient pas à cette Cour de juger si elle est suffisante. Cependant, il me semble clair que cette preuve tendrait à limiter les droits de la banque relativement à la garantie donnée par le débiteur. Cela contredirait nettement les conditions du cautionnement qui, comme je l'ai signalé, donnent à la banque le droit de s'abstenir d'enregistrer et de parfaire la garantie. Sur cette base, elle serait irrecevable en vertu de la règle relative à la preuve testimoniale et toute

distinction between the case at bar and that of *Hawrish v. Bank of Montreal*[12], where in almost identical circumstances, Judson J., speaking for this Court, said at p. 520:

> Bearing in mind these remarks to the effect that there must be a clear intention to create a binding agreement, I am not convinced that the evidence in this case indicates clearly the existence of such intention. Indeed, I am disposed to agree with what the Court of Appeal said on this point. However, this is not in issue in this appeal. My opinion is that the appellant's argument fails on the ground that the collateral agreement allowing for the discharge of the appellant cannot stand as it clearly contradicts the terms of the guarantee bond which state that it is a continuing guarantee.

> The appellant has relied upon *Byers v. McMillan*. But upon my interpretation that the terms of the two contracts conflict, this case is really against him as it is there stated by Strong J. that a collateral agreement cannot be established where it is inconsistent with or contradicts the written agreement. To the same effect is the unanimous judgment of the High Court of Australia in *Hoyt's Proprietary Ltd. v. Spencer*, which rejected the argument that a collateral contract which contradicted the written agreement could stand with it. Knox C.J., said at p. 139:

> > A distinct collateral agreement, whether oral or in writing, and whether prior to or contemporaneous with the main agreement, is valid and enforceable even though the main agreement be in writing, provided the two may consistently stand together so that the provisions of the main agreement remain in full force and effect notwithstanding the collateral agreement. This proposition is illustrated by the decisions in *Lindley v. Lacey* [*supra*], *Erskine v. Adeane* [*supra*], *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215, and other cases.

Any such collateral oral agreement as contended for by the appellant therefore may not stand in the face of the written guarantee. It follows that an additional argument raised by the guarantor relating to a claim that the collateral contract had been fundamentally breached will not require to be dealt with. I would dismiss the appeal. In all

[12] [1969] S.C.R. 515.

convention accessoire fondée sur celle-ci ne serait pas valable. Je ne vois aucune distinction entre la présente espèce et l'affaire *Hawrish c. Banque de Montréal*[12], où, dans des circonstances presque analogues, le juge Judson, parlant au nom de cette Cour, a dit à la p. 520:

> [TRADUCTION] Gardant à l'esprit ces remarques portant qu'il doit y avoir une intention manifeste de créer une convention liant les parties, je ne suis pas convaincu que la preuve en l'espèce indique manifestement l'existence d'une telle intention. En fait, je suis enclin à souscrire à ce qu'a dit la Cour d'appel sur cette question. Toutefois, cela n'est pas en litige dans ce pourvoi. Je suis d'avis que l'argument de l'appelant doit échouer parce que la convention accessoire qui permet de libérer l'appelant n'est pas valable puisqu'elle contredit manifestement les conditions de la garantie qui prévoient qu'il s'agit d'une garantie permanente.

> L'appelant s'est appuyé sur *Byers v. McMillan*. Mais, puisque je suis d'avis que les conditions des deux contrats sont incompatibles, cette affaire lui est en fait défavorable puisque le juge Strong y déclare qu'on ne peut faire la preuve d'une convention accessoire lorsqu'elle est incompatible avec un contrat écrit ou qu'elle le contredit. Le jugement unanime de la Haute Cour d'Australie dans *Hoyt's Proprietary Ltd. v. Spencer*, où on a rejeté l'argument qu'un contrat accessoire qui contredit le contrat écrit peut être également valable, va dans le même sens. Le juge en chef Knox a dit à la p. 139:

> > Une convention accessoire distincte, qu'elle soit verbale ou écrite, qu'elle soit antérieure au contrat principal ou contemporaine, est valide et exécutoire même si le contrat principal est écrit, si les deux documents sont compatibles de sorte que les dispositions du contrat principal demeurent valides et exécutoires indépendamment de la convention accessoire. Cette proposition est illustrée par plusieurs décisions dont *Lindley v. Lacey* [précité], *Erskine v. Adeane* [précité], *De Lassalle v. Guildford*, [1901] 2 K.B. 215.

Une convention accessoire verbale comme celle invoquée par l'appelant ne peut donc être maintenue à l'encontre d'un cautionnement écrit. Il s'ensuit donc que nous n'avons pas à examiner l'argument supplémentaire invoqué par la caution portant qu'il y a eu violation fondamentale du contrat accessoire. Je suis d'avis de rejeter le pour-

[12]]1969] R.C.S. 515.

circumstances of this case, I would not award costs to the respondent in any of the Courts.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the defendent, appellant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

voi. Compte tenu de toutes les circonstances de cette affaire, il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'intimée dans aucune cour.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs du défendeur, appelant: Lockwood, Bellmore & Moore, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Fraser & Beatty, Toronto.

Paron Construction Limited *Appellant*;

and

Town Drywall Inc.

and

Brampar Building Supplies Limited *Respondent.*

1980: June 3.

Present: Martland, Dickson, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mechanics' liens — Funds paid into court by general contractor — Contractor not cestui que trust of such funds — Does not step into shoes of lien claimants whom it pays directly to permit continuation of work — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, as amended.

The appellant Paron, a general contractor, entered into a subcontract on April 4, 1977, with Town Drywall Inc. for an amount of $210,675. The respondent Brampar had obtained a default judgment against Town Drywall in March of 1977. As work progressed on the project, Paron received a number of claims in respect of amounts becoming due from itself to Town Drywall. These included a June 15, 1977, County Court order for attachment in respect of all such debts owing or accruing due, a notice of garnishee served by Brampar on June 22, 1977, and an *ex parte* order for payment into court of the amount of $14,580.63, together with interest and costs, on August 3, 1977.

Paron paid into court the sum of $14,965.65 on August 11, 1977. This full amount was ordered paid out to Brampar over the objections of Paron on January 4, 1978. At the time of this order, moneys were owing to subcontractors of Town Drywall and to material suppliers. In addition, Paron had paid Town Drywall's workmen directly in order to keep them working on the project, thereby removing their lien claims. By completion of the project, Paron had paid, including the funds in dispute, in excess of $246,000 in connection with its subcontract with Town Drywall, which was by this time without assets.

The Ontario Court of Appeal dismissed Paron's appeal against the order to pay the funds out to Brampar, stating that on the facts of this case, Paron was not a *cestui que* trust of the trust fund which it held and had paid into court pursuant to *The Mechanics' Lien Act*.

Paron Construction Limited *Appelante*;

et

Town Drywall Inc.

et

Brampar Building Supplies Limited *Intimée.*

1980: 3 juin.

Présents: Les juges Martland, Dickson, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Privilèges de constructeur — Fonds consignés à la cour par l'entrepreneur général — Entrepreneur non bénéficiaire de ces fonds — Ne se substitue pas aux créanciers privilégiés qu'il paie directement pour que les travaux se poursuivent — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 et modifications.

L'appelante Paron, un entrepreneur général, a conclu un sous-contrat le 4 avril 1977 avec Town Drywall Inc. pour un montant de $210,675. L'intimée Brampar avait obtenu un jugement par défaut contre Town Drywall en mars 1977. A mesure que les travaux avançaient, Paron reçut plusieurs réclamations relatives aux montants qu'elle devait à Town Drywall, savoir, une ordonnance de saisie-arrêt de la Cour de comté en date du 15 juin 1977 relativement à toutes ces dettes échues ou à échoir, un avis de tiers saisi signifié par Brampar le 22 juin 1977 et une ordonnance *ex parte* enjoignant la consignation à la cour d'un montant de $14,580.63, avec intérêts et dépens, le 3 août 1977.

Paron a consigné à la cour la somme de $14,965.65 le 11 août 1977. Malgré l'opposition de Paron, le montant total fut versé à Brampar aux termes d'une ordonnance en date du 4 janvier 1978. A ce moment-là, de l'argent était dû aux sous-traitants de Town Drywall et aux fournisseurs de matériaux. En outre, Paron avait payé directement les ouvriers de Town Drywall pour que les travaux se poursuivent sur le chantier, supprimant par là leurs créances privilégiées. A la fin des travaux, Paron avait payé plus de $246,000, ce qui comprend les fonds en litige, relativement au sous-contrat conclu avec Town Drywall qui, à ce moment, n'avait plus d'actif.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel interjeté par Paron de l'ordonnance qui permettait de verser les fonds consignés à Brampar, parce que, compte tenu des faits de l'espèce, Paron n'était pas bénéficiaire du fonds en fiducie qu'elle détenait et avait consigné à la cour

The Court also held that Paron could not otherwise step into the shoes of those lien claimants whom it had paid for its own purposes. The Court of Appeal also noted that Paron had consented to the order for payment into court, and had not raised the trust submissions in the record.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from an order of Sullivan J. Appeal dismissed.

Ronald B. Moldaver, for the appellant.

Robert Statton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that the judgment of the Court of Appeal should not be disturbed.

The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bristow, Swybrous & Moldaver, Toronto.

Solicitors for the respondent: Statton & Webster, Toronto.

conformément à *The Mechanics' Lien Act*. La Cour a aussi décidé que Paron ne pouvait pas par ailleurs se substituer aux créanciers privilégiés qu'elle avait payés à ses propres fins. La Cour d'appel a aussi souligné que Paron avait acquiescé à l'ordonnance de consignation à la cour et qu'elle n'avait pas soulevé la question de la fiducie au dossier.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge Sullivan. Pourvoi rejeté.

Ronald B. Moldaver, pour l'appelante.

Robert Statton, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'avis que l'arrêt de la Cour d'appel ne doit pas être modifié.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Bristow, Swybrous & Moldaver, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Statton & Webster, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Brent Harold Eklund *Respondent.*

1980: June 24.

Present: Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Criminal law — Evidence — Corroboration — Charge to the jury — Absence of error of law — Powers of an appeal court — Criminal Code, s. 613(1)(a)(i) and (iii).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta quashing the conviction of the respondent by Bracco J. of the Alberta District Court sitting with a jury on a charge of robbery. Appeal allowed and conviction restored.

M. G. Allen, for the appellant.

J. O. MacEachern, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that the trial judge did not commit any error of law in his charge to the jury in not warning the jury of the danger of accepting the evidence of Bourassa and Cook in the absence of corroboration even if they were not found to be accomplices. The Court of Appeal viewed the charge as inadequate, but, in the absence of an error of law on the part of the trial judge, it was not entitled to allow the respondent's appeal unless it applied either subpara. (i) or subpara. (iii) of para. (*a*) of subs. 613(1) of the *Code*. Neither of these subparagraphs was invoked.

The appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: M. G. Allen, Edmonton.

Solicitor for the respondent: J. O. MacEachern, Edmonton.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Brent Harold Eklund *Intimé.*

1980: 24 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Preuve — Corroboration — Directives au jury — Absence d'erreur de droit — Pouvoirs d'une cour d'appel — Code criminel, art. 613(1)a)(i) et (iii).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'intimé prononcée par le juge Bracco de la Cour de district de l'Alberta siégeant avec jury sur une accusation de vol qualifié. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité rétablie.

M. G. Allen, pour l'appelante.

J. O. MacEachern, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit dans ses directives au jury en ne l'avertissant pas du danger d'accepter les témoignages de Bourassa et de Cook en l'absence de corroboration même s'ils n'étaient pas jugés complices. La Cour d'appel a estimé les directives inadéquates, mais en l'absence d'une erreur de droit de la part du juge du procès, elle n'était pas autorisée à admettre l'appel de l'intimé à moins d'appliquer les sous-al. (i) ou (iii) de l'al. *a*) du par. 613(1) du *Code*. Aucun de ces sous-alinéas n'a été invoqué.

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: M. G. Allen, Edmonton.

Procureur de l'intimé: J. O. MacEachern, Edmonton.

Purolator Courier Ltd., Bernard Levert and Rhéal Boisvenue *(Defendants) Appellant*;

and

Cornwall Gravel Company Limited *(Plaintiff) Respondent.*

1980: June 4.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Beetz and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Carriage of goods — Carrier's liability — Limitation of liability for loss, damage or injury — Damage caused by delay — Extent of damages recoverable — The Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, c. 375, Sch. A.

APPEAL from an order of the Court of Appeal for Ontario dated April 11, 1979, dismissing the appeal of Purolator Courier Ltd. from the judgment of Holland J.[1] Appeal dismissed.

C. R. Thomson, Q.C., and *Donald Short*, for the defendant, appellant.

P. D. Rasmussen and *A. H. A. Keenleyside*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Rasmussen and Mr. Keenleyside. We are not persuaded that there was any error in the disposition made by the Courts below. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the defendant, appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney, Ottawa.

[1] (1978), 18 O.R. (2d) 551, 83 D.L.R. (3d) 267.

Purolator Courier Ltd., Bernard Levert et Rhéal Boisvenue *(Défendeurs) Appelante*;

et

Cornwall Gravel Company Limited *(Demanderesse) Intimée.*

1980: 4 juin.

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

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

Transport de choses — Responsabilité du voiturier — Limitation de la responsabilité pour pertes, dommages ou blessures — Dommage imputable au retard — Etendue des dommages-intérêts recouvrables — The Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, chap. 375, Ann. A.

POURVOI à l'encontre d'un ordre de la Cour d'appel de l'Ontario en date du 11 avril 1979 qui a rejeté l'appel interjeté par Purolator Courier Ltd. d'un jugement[1] du juge Holland. Pourvoi rejeté.

C. R. Thomson, c.r., et *Donald Short*, pour la défenderesse, appelante.

P. D. Rasmussen et *A. H. A. Keenleyside*, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Mes Rasmussen et Keenleyside, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Nous ne sommes pas persuadés qu'il y a eu une erreur dans la décision prise par les cours d'instance inférieure. Le pourvoi est en conséquence rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Hewitt, Hewitt, Nesbitt, Reid, McDonald & Tierney, Ottawa.

[1] (1978), 18 O.R. (2d) 551, 83 D.L.R. (3d) 267.

Mastermet Cobalt Mines Limited (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Canadaka Mines Limited (*Defendant*) *Respondent.*

1980: June 3; 1980: June 17.

Present: Martland, Dickson, Beetz, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mines and minerals — Silver tailings deposited on parcel of land prior to severance of surface and mining rights — Ownership of tailings.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], dismissing an appeal from the judgment of Boland J. in an action and counterclaim to determine the ownership of silver tailings deposited on a parcel of land prior to the severance of the surface and mining rights. Appeal dismissed.

George Finlayson, Q.C., and *Roy Stephenson*, for the plaintiff, appellant.

Claude Thomson, Q.C., and *Donald Short*, for the defendant, respondent.

THE COURT—We are all in agreement with the reasons delivered on behalf of the Court of Appeal by Mr. Justice Lacourcière.

The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

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

Solicitors for the defendant, respondent: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

[1] (1978), 21 O.R. (2d) 494, 5 R.P.R. 169.

Mastermet Cobalt Mines Limited (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Canadaka Mines Limited (*Défenderesse*) *Intimée.*

1980: 3 juin; 1980: 17 juin.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey et Lamer.

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

Mines et minéraux — Résidus d'argent déposés sur une parcelle de terrain avant la disjonction des droits de superficie et des droits miniers — Propriété des résidus.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Boland dans une action et une demande reconventionnelle pour déterminer la propriété de résidus d'argent déposés sur une parcelle de terrain avant la disjonction des droits de superficie et des droits miniers. Pourvoi rejeté.

George Finlayson, c.r., et *Roy Stephenson*, pour la demanderesse, appelante.

Claude Thomson, c.r., et *Donald Short*, pour la défenderesse, intimée.

LA COUR—Nous sommes tous d'accord avec les motifs exposés par le juge Lacourcière au nom de la Cour d'appel.

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la demanderesse, appelante: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

[1] (1978), 21 O.R. (2d) 494, 5 R.P.R. 169.

George Pappajohn *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: October 22; 1980: May 20.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Rape — Defence of mistake of fact not put to the jury — Honest belief that consent to intercourse — Mens rea — Reasonable belief — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143.

The appellant listed his house for sale with the real estate firm with which the complainant, a real estate saleswoman, was associated. After an appointment at a downtown restaurant for lunch to discuss the house sale, during which lunch a good deal of liquor was consumed by both parties, they went to the appellant's house, the one which was listed for sale. There, the complainant contended, she was raped over her protests and struggles, while the appellant claims he had an amorous interlude involving no more than a bit of coy objection on her part and several acts of intercourse with her consent. Whatever occurred in the house, the complainant eventually ran out of the house naked with a man's bow tie around her neck and her hands tightly tied behind her back with a bathrobe sash. She was in an upset state and exhibited great fear and emotional stress.

When the defence closed its case and before the trial judge commenced his charge, the jury was excluded while counsel for the appellant argued that the trial judge should put the defence of mistake of fact to the jury, *i.e.* that the judge tell the jury that if the appellant entertained an honest though mistaken belief that the complainant was consenting to the acts of intercourse as they occurred, the necessary *mens rea* would not be present, and the appellant would be entitled to an acquittal. The trial judge refused to accede to the request and the appellant was eventually convicted of the rape of the complainant. The conviction was affirmed in the Court of Appeal with one dissent, upon the fact that the trial judge failed to put to the jury the defence of mistake of fact, the majority adopting the view that the issue emerging from the evidence was a simple one of consent or no consent.

George Pappajohn *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 22 octobre; 1980: 20 mai.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Viol — Défense d'erreur de fait non soumise au jury — Croyance sincère qu'il y a eu consentement aux rapports sexuels — Mens rea — Croyance raisonnable — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143.

L'appelant avait confié la vente de sa maison à la société immobilière qui employait la plaignante, un agent immobilier. Les deux parties se sont rencontrées dans un restaurant du centre-ville pour le déjeuner afin de discuter de la vente de la maison; durant le déjeuner, une quantité considérable de boissons alcooliques a été consommée et après ils se sont rendus à la maison de l'appelant, celle mise en vente. La plaignante prétend alors avoir été violée malgré ses protestations et sa résistance, tandis que l'appelant parle d'un épisode galant avec rien de plus qu'un peu de résistance timide de la part de la plaignante et de plusieurs rapports sexuels avec son consentement. Quoi qu'il se soit passé dans la maison, la plaignante en est sortie en courant, nue et avec un noeud papillon autour du cou, les mains étroitement attachées dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Elle était bouleversée, terrorisée et très nerveuse.

Après que la défense eut clos sa preuve et avant que le juge du procès ne commence son exposé, le jury a été exclu pendant que l'avocat de l'appelant a fait valoir que le juge devait soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait, c'est-à-dire que le juge dise au jury que si l'appelant croyait sincèrement mais erronément que la plaignante consentait aux rapports sexuels qui ont eu lieu, il n'avait pas la *mens rea* nécessaire et avait droit à un acquittement. Le juge du procès a refusé d'accéder à la requête et l'appelant a finalement été déclaré coupable du viol de la plaignante. La Cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité: un juge est dissident, du fait que le juge du procès a omis de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait et la majorité est d'avis que la question qui ressort de la preuve est simplement celle du consentement ou d'absence de consentement.

Held (Dickson and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: It is well established that the trial judge must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused's counsel or not. This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. There must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and the judge must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. The test to be applied is that there must be in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission. In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which if believed would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse. Here, the complainant's version excludes consent and any possible mistaken belief in consent, while the appellant's version speaks of actual consent and no suggestion of any mistaken belief could arise, and in this situation the only realistic issue which can arise is the simple issue of consent or no consent. To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, the evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

Per Martland J.: If a case arises which raises the issue as to whether, on a charge of rape, an accused person who seeks to rely upon a defence of mistake of fact must, in order to succeed, establish that his mistake was reasonable as well as honest, it is open to this Court to determine that issue, and it is not precluded from so doing by the judgment in *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531.

Per Dickson and Estey JJ., *dissenting*: The point in this appeal is whether the trial judge erred in failing to put before the jury a defence of mistaken belief in consent, such failure being a non-direction amounting to misdirection.

With respect to the *mens rea*: The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime: it can only be determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. In a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman,

Arrêt (les juges Dickson et Estey, dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre et Chouinard: Il est bien établi que le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non. Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. La preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et le juge doit présumer que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie et examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Le critère à appliquer est que l'on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable. En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ici, la version de la plaignante exclut le consentement et toute possibilité d'une croyance erronée au consentement tandis que dans la version de l'appelant, il est question de véritable consentement et il n'y a rien qui puisse donner naissance à une croyance erronée; dans cette situation, la seule question réaliste qui peut se poser est la simple question du consentement ou de l'absence de consentement. Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

Le juge Martland: S'il se trouve une affaire où, sur une accusation de viol, un accusé plaide l'erreur de fait en défense, la question de savoir si, pour réussir, il doit établir que son erreur se fondait sur des motifs raisonnables et qu'elle était sincère, pourra être tranchée par cette Cour qui n'en est pas empêchée par l'arrêt *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531.

Les juges Dickson et Estey, *dissidents*: La question posée dans ce pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exposer au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement, ce qui constituerait une absence de directive équivalant à une directive erronée.

Quant à la *mens rea*: La nature et l'étendue de la *mens rea* requise varient selon le crime: seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. Dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son

his act is not culpable in relation to that element of the offence. The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The great weight of authority is in support of the view that the accused's perception of the woman's consent is an important aspect of any prosecution for the crime of rape. Intention or recklessness must be proved in relation to all elements of the offence, including absence of consent.

With respect to the defence of mistake of fact: An honest and reasonable mistake of fact is on the same footing as the absence of a reasoning faculty, as with infants, or impairment of the faculty, as in lunacy. Culpability rests upon commission of the offence with knowledge of the facts and circumstances comprising the crime. If the accused's act would be innocent, according to facts as he believed them to be, he does not have the criminal mind and ought not be punished for his act. Mistake is a defence where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. Whether the mistake is rooted in an accused's mistaken perception, or is based upon objective, but incorrect, facts confided to him by another, should be of no consequence.

With respect to whether a defence of honest, though mistaken, belief in consent must be based on reasonable grounds: The mind with which the jury is concerned is that of the accused, not that of a reasonable man. By importing a standard external to the accused, there is created an incompatible mix of subjective and objective factors. If an honest lack of knowledge is shown, then the subjective element of the offence is not shown. To apply the reasonable standard in this appeal, the Court would defy accepted and sound principles of criminal law.

With respect to the Plea and the Evidence: It is not necessary that an accused specifically plead mistake. If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. Here, even on the complainant's version there is much common ground with the appellant's version which supports his defence of belief in consent, and there is also circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent.

acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction. L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a *a*) des rapports sexuels; *b*) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce qu'il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La jurisprudence penche lourdement en faveur de l'opinion que la perception qu'a l'accusé du consentement de la femme est un élément important de toute poursuite pour viol. Il faut établir l'intention ou l'insouciance à l'égard de tous les éléments de l'infraction, y compris l'absence de consentement.

Quant au moyen de défense d'erreur de fait: Une erreur de fait de bonne foi et fondée sur des motifs raisonnables est comparable à l'absence de faculté de raisonnement, dans le cas des jeunes enfants, ou à son affaiblissement, dans les cas de démence. La culpabilité repose sur la perpétration de l'infraction en connaissance des faits et circonstances qui constituent l'acte criminel. Si, l'acte de l'accusé est licite compte tenu des faits qu'il croyait exister, il n'a pas la volonté criminelle et ne devrait pas être puni. L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Que l'erreur prenne sa source dans la perception erronée de l'accusé, ou se fonde sur des faits objectifs mais inexacts qu'un tiers lui a confiés, ne devrait pas avoir d'incidence.

Quant à la question de savoir si croire de bonne foi, bien qu'erronément au consentement est un moyen de défense qui doit se fonder sur des motifs raisonnables: C'est l'esprit de l'accusé que le jury doit sonder non celui d'un homme raisonnable. L'introduction d'une norme extérieure à l'accusé crée un mélange incompatible de facteurs objectifs et subjectifs. Si l'on démontre une ignorance de bonne foi, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas démontré. Pour appliquer à ce pourvoi le critère du caractère raisonnable, la Cour aurait à braver des principes reconnus et fondés du droit criminel.

Quant au plaidoyer et à la preuve: Il n'est pas nécessaire qu'un accusé plaide spécifiquement l'erreur. S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. Ici la version de la plaignante a beaucoup en commun avec celle de l'appelant à l'appui du moyen de défense de croyance au consentement qu'il invoque et il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement.

[*Director of Public Prosecutions v. Morgan et al.*, [1975] 2 All E.R. 347, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1976), 24 C.C.C. (2d) 497; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Workman and Huculak*, [1963] S.C.R. 266, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing, by a majority, an appeal by the appellant from his conviction of rape. Appeal dismissed, Dickson and Estey JJ. dissenting.

Douglas McK. Brown, Q.C., for the appellant.

John Hall, for the respondent.

The judgment of Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

McINTYRE J.—The appellant appeals his rape conviction, which was affirmed in the Court of Appeal for British Columbia with one dissent, upon the ground that the trial judge failed to put to the jury the defence of mistake of fact. That ground is expressed in the appellant's factum in these words:

> Did the learned trial judge err in failing to instruct the jury on the question of honest belief by the accused that the Complainant consented to intercourse and thus on the facts of this case, failed to put properly before the jury a defence, such failure being a non-direction amounting to mis-direction?

A consideration of the facts of the case is vital to a resolution of the problem it poses. The complainant was a real estate saleswoman employed by a well-known and well-established real estate firm in Vancouver. She was successful in her work. The appellant is a businessman who was anxious to sell his home in Vancouver and he had listed it for sale with the real estate firm with which the complainant was associated. She was to be responsible for the matter on her firm's behalf. On August 4, 1976, at about 1:00 p.m., she met the appellant by

[1] (1978), 5 C.R. (3d) 193, 45 C.C.C. (2d) 67, [1979] 1 W.W.R. 562.

[Jurisprudence: *Director of Public Prosecutions v. Morgan et autre*, [1975] 2 All E.R. 347, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1976), 24 C.C.C. (2d) 497; *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531; *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609; *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. v. Workman et Huculak*, [1963] R.C.S. 266.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a rejeté à la majorité, un appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité pour viol. Pourvoi rejeté, les juges Dickson et Estey étant dissidents.

Douglas McK. Brown, c.r., pour l'appelant.

John Hall, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE McINTYRE—L'appelant interjette appel de sa déclaration de culpabilité pour viol, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmée, un juge étant dissident. Il plaide que le juge du procès a omis de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. Ce moyen est exprimé en ces termes dans le factum de l'appelant:

> [TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury des directives sur la question de la croyance de bonne foi de l'appelant que la plaignante consentait aux rapports sexuels et, par conséquent, compte tenu des faits de l'affaire, a omis de soumettre au jury un moyen de défense qui aurait dû l'être, ce qui constitue une absence de directive équivalent à une directive erronée?

Il est essentiel d'examiner les faits de l'affaire pour résoudre le problème qu'elle pose. La plaignante est un agent immobilier au service d'une société immobilière bien connue et solidement établie à Vancouver. Elle réussissait bien. L'appelant est un homme d'affaires qui désirait vendre sa maison à Vancouver et il en avait confié la vente à la société immobilière qui employait la plaignante. Celle-ci devait se charger de l'affaire pour le compte de son employeur. Le 4 août 1976, vers 13 h, elle a rencontré l'appelant comme convenu

[1] (1978), 5 C.R. (3d) 193, 45 C.C.C. (2d) 67, [1979] 1 W.W.R. 562.

appointment at a downtown restaurant for lunch. The purpose of the meeting was to discuss the house sale. The lunch lasted until about 4:00 or 4:30 p.m. During this time, a good deal of liquor was consumed by both parties. The occasion became convivial, the proprietor of the restaurant and his wife joined the party, and estimates of the amount of alcohol consumed varied in retrospect, as one would expect. It does seem clear, however, that while each of the parties concerned had a substantial amount to drink, each seemed capable of functioning normally.

At about 4:00 p.m., or shortly thereafter, they left the restaurant. The appellant drove the complainant's car while she sat in the front passenger seat. They went to the appellant's house, the one which was listed for sale, to further consider questions arising in that connection. Up to the time of arrival at the home, at about 4:30 or 5:00 p.m., there is no significant variation in their account of events. From the moment of arrival, however, there is a complete divergence. She related a story of rape completely against her will and over her protests and struggles. He spoke of an amorous interlude involving no more than a bit of coy objection on her part and several acts of intercourse with her consent. Whatever occurred in the house, there is no doubt that at about 7:30 p.m. the complainant ran out of the house naked with a man's bow tie around her neck and her hands tightly tied behind her back with a bathrobe sash. She arrived at the door of a house nearby and demanded entry and protection. The occupant of the house, a priest, admitted her. She was in an upset state and exhibited great fear and emotional stress. The police were called and these proceedings followed. More detailed reference to the facts will be made later.

When the defence closed its case and before the trial judge commenced his charge, the jury was excluded while counsel for the appellant argued that on the facts of the case as it appeared from the evidence, the trial judge should put the defence of mistake of fact to the jury. He contended that the appellant was entitled to have the judge tell the jury that if the appellant entertained an honest

dans un restaurant du centre-ville pour le déjeuner. La rencontre avait pour objet de discuter de la vente de la maison. Le déjeuner a duré jusqu'à 16 h ou 16 h 30. Pendant ce temps, les deux parties ont consommé une quantité considérable de boissons alcooliques. L'atmosphère est devenue joyeuse, le propriétaire du restaurant et son épouse se sont joints à eux et, comme on peut s'y attendre, les estimations en rétrospective de la quantité d'alcool consommée varient. Il paraît clair cependant, que bien que chaque partie en cause ait bu considérablement, l'une et l'autre paraissaient en mesure de se comporter normalement.

Ils ont quitté le restaurant vers 16 h, ou peu après. L'appelant a pris le volant de la voiture de la plaignante qui s'est assise sur le siège du passager avant. Ils se sont rendus à la maison de l'appelant, celle mise en vente, pour examiner plus à fond les questions y afférentes. Leurs versions de ce qui s'est passé jusqu'à leur arrivée à la maison, vers 16 h 30 ou 17 h, ne diffèrent pas de façon importante. A partir de l'arrivée cependant, il y a complète divergence. Elle a raconté un viol commis entièrement contre sa volonté et malgré ses protestations et sa résistance. Il a parlé d'un épisode galant avec rien de plus qu'un peu de résistance timide de la part de la plaignante et de plusieurs rapports sexuels avec son consentement. Quoi qu'il se soit passé dans la maison, il ne fait pas de doute que vers 19 h 30 la plaignante est sortie en courant de la maison, nue et avec un nœud papillon autour du cou, les mains étroitement attachées dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Elle s'est rendue à la porte d'une maison voisine et a demandé secours. L'occupant de cette maison, un prêtre, l'a fait entrer. Elle était bouleversée, terrorisée et très nerveuse. On a appelé la police et les présentes procédures en ont résulté. Je reviendrai aux faits plus en détail plus loin.

Après que la défense eut clos sa preuve et avant que le juge du procès ne commence son exposé, le jury a été exclu pendant que l'avocat de l'appelant a fait valoir que compte tenu des faits de l'affaire révélés par la preuve, le juge devait soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. Il a soutenu que l'appelant avait droit à ce que le juge dise au jury que si l'appelant croyait sincèrement

though mistaken belief that the complainant was consenting to the acts of intercourse as they occurred, the necessary *mens rea* would not be present, and the appellant would be entitled to an acquittal. Reliance for this proposition was placed upon *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[2] and *R. v. Plummer and Brown*[3]. The trial judge refused to accede to defence counsel's request and in disposing of the motion had this to say:

THE COURT: In this case the complainant has testified that the accused had intercourse with her during a three-hour period some five times without her consent. The accused has testified that the acts of intercourse that he had with the complainant were all with her consent and that the only resistance to his amorous advances was of a token variety, and that orally along lines of: "Oh George, what are you doing?"

There are many conflicts in the evidence during the critical period of time when the acts of sexual intercourse took place, and the jury will have to be directed to accept either the complainant's or the accused's version of the facts.

The essence of the case as I see it is essentially has the Crown negatived the complainant's consent?

Later, he said, after referring to the *Morgan* case and the case of *Plummer and Brown*:

Although the concept of mens rea underlies all criminal prosecutions I know of no obligation to instruct a jury in connection with this concept. I acknowledge and am in agreement with counsel's statements that in appropriate circumstances defences arise in favour of accused persons, even where no intent is apparent from the statute creating an offence, and these defences at a minimum are accident and mistake of fact. Although the reasoning in Director of Public Prosecutions and Morgan may have limited application to Canadian Criminal Law, I am wholly in accord with the attempt made by the learned Trial Judge in placing before the jury in that case what I conceive to be an alternative defence, namely, a mistaken view of the facts. That defence was justified in that case because three of the four accused persons pledged their oaths to the assertion that the victim's husband, also a co-accused, had told them before attending at the victim's residence that his wife was prone to put on a show of struggling but that this would only be a charade stimulating her sexual excitement.

[2] [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), [1976] A.C. 182.
[3] (1976), 24 C.C.C. (2d) 497.

mais erronément que la plaignante consentait aux rapports sexuels qui ont eu lieu, il n'avait pas la *mens rea* nécessaire et avait droit à un acquittement. Il a fondé cette proposition sur les arrêts *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[2] et *R. v. Plummer and Brown*[3]. Le juge du procès a refusé d'accéder à la requête de l'avocat de la défense et en a disposé en ces termes:

[TRADUCTION] LA COUR: En l'espèce, la plaignante a témoigné que l'accusé a eu, pendant une période de trois heures, des rapports sexuels quelque cinq fois sans son consentement. L'accusé a témoigné que la plaignante a consenti à tous les rapports sexuels qu'il a eus avec elle et que sa seule résistance à ses avances amoureuses était du genre symbolique et verbal, du style «Oh! George, que faites-vous?»

La preuve est contradictoire à maints égards en ce qui concerne la période critique pendant laquelle les rapports ont eu lieu, et il faudra dire au jury d'accepter soit la version des faits de la plaignante, soit celle de l'accusé.

A mon avis, la question essentielle dans cette affaire est celle de savoir si le ministère public a établi l'absence de consentement de la plaignante.

Plus tard, après avoir fait référence aux arrêts *Morgan* et *Plummer and Brown*, il a dit:

[TRADUCTION] Bien que la notion de *mens rea* soit sous-jacente à toutes les poursuites criminelles, il n'y a aucune obligation de donner des directives sur cette notion au jury. Je suis d'accord avec ce qu'a dit l'avocat que, dans des circonstances appropriées, les accusés bénéficient de moyens de défense, même lorsqu'aucune intention ne ressort de la loi créant l'infraction, et qu'au minimum, ces moyens de défense sont l'accident et l'erreur de fait. Bien que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan* puisse avoir une application limitée en droit criminel canadien, je suis entièrement d'accord avec la tentative du juge du procès dans cette affaire-là de soumettre au jury ce que je conçois comme un moyen de défense subsidiaire, savoir, une perception erronée des faits. Ce moyen de défense y était justifié puisque trois des quatre accusés ont affirmé sous serment que le mari de la victime, lui-même coaccusé, leur avait dit avant de se rendre chez la victime que sa femme était encline à feindre de résister mais que ce n'était qu'une comédie pour stimuler son excitation sexuelle.

[2] [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), [1976] A.C. 182.
[3] (1976), 24 C.C.C. (2d) 497.

In answer to my questions during argument defence counsel has suggested that acts of familiarity prior to the time of intercourse, independently testified to by disinterested persons, and the accused's evidence where he alluded to only oral and token resistance to his advances, constituted evidence upon which I could conclude that the defence of mistake of fact should be left to the jury.

In addition to that evidence, I have reviewed the evidence of the accused and I regret to say, notwithstanding the forceful submission of defence counsel, I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to this jury.

In the Court of Appeal, this ruling found support in the majority judgment of Farris C.J.B.C. with whom Craig J.A. agreed. The majority adopted the view that the issue emerging from the evidence was a simple one of consent or no consent. In a dissenting judgment, Lambert J.A. was of the opinion that there was sufficient evidence to put the defence to the jury. He would have directed the jury that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that he entertained an honest and reasonably held mistaken belief in the existence of consent. This is a view which I cannot share in view of the pronouncement in this Court in *Beaver v. The Queen*[4], at p. 538.

It is well established that it is the duty of a trial judge in giving directions to a jury to draw to their attention and to put before them fairly and completely the theory of the defence. In performing this task, it is also clear that the trial judge must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused's counsel or not. He must give all necessary instructions on the law relating to such defences, review the relevant evidence and relate it to the law applicable. This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must

[4] [1957] S.C.R. 531.

En réponse à mes questions pendant sa plaidoirie, l'avocat de la défense a laissé entendre que les actes de familiarité antérieurs aux rapports sexuels, corroborés par des personnes désintéressées, et le témoignage de l'accusé, dans lequel il n'a fait allusion qu'à une résistance verbale et symbolique à ses avances, constituaient des éléments de preuve me permettant de conclure que le moyen de défense d'erreur de fait devait être soumis au jury.

En plus de cette preuve, j'ai réexaminé le témoignage de l'accusé et je regrette de dire que, nonobstant la plaidoirie vigoureuse de l'avocat de la défense, je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait.

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'opinion de la majorité, exposée par le juge en chef Farris avec qui le juge Craig est d'accord, confirme cette décision. La majorité est d'avis que la question qui ressort de la preuve est simplement celle du consentement ou d'absence de consentement. Dans une opinion dissidente, le juge Lambert s'est dit d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury. Il aurait dit au jury que s'il concluait que, bien qu'erronément, l'accusé croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables à l'existence du consentement, celui-ci avait le droit d'être acquitté. C'est une opinion que je ne peux partager vu la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*[4], à la p. 538.

Il est bien établi que dans ses directives, le juge du procès a l'obligation d'attirer l'attention du jury sur la thèse de la défense et de la lui soumettre équitablement et en entier. Dans l'accomplissement de cette tâche, il est clair aussi que le juge doit soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non. Il doit lui donner toutes les directives nécessaires sur le droit relatif à ces moyens de défense, résumer la preuve pertinente et la relier au droit applicable. Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le

[4] [1957] R.C.S. 531.

put a defence. Indeed, where it is not present he should not put a defence for to do so would only be to confuse.

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. This question has been considered frequently in the courts: See *Wu v. The King*[5] and *Kelsey v. The Queen*[6]. The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen.*

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the 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.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak*[7] where he said:

. . . I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen,* 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty.

[5] [1934] S.C.R. 609.
[6] [1953] 1 S.C.R. 220.
[7] [1963] S.C.R. 266.

soumettre. Qui plus est, si pareils éléments n'existent pas, il ne devrait pas soumettre le moyen de défense, car cela ne pourrait que semer la confusion.

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présumant que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Les tribunaux se sont fréquemment penchés sur cette question: Voir *Wu c. Le Roi*[5] et *Kelsey c. La Reine*[6]. Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Kelsey c. La Reine.*

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur 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.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak*[7]:

[TRADUCTION] . . . Je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination.

[5] [1934] R.C.S. 609.
[6] [1953] 1 R.C.S. 220.
[7] [1963] R.C.S. 266.

It seems to me that the trial judge, in the passage above quoted from his ruling on this question, has applied that test. He has heard all the evidence. He heard the argument advanced by counsel. He considered the whole matter with counsel's argument in mind and he concluded, "I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to the jury". In my view, he directed himself correctly in law.

In relating the law to the facts of any case, we must keep in mind what it is that the trial judge must look for in the evidence in deciding whether there is, in the words of Fauteux J., "some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument, and in the grievance". In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. This requires a more detailed recital of the evidence than would ordinarily be necessary.

The complainant, after describing the events of the early afternoon in the restaurant, said that upon entering into the house where discussions were to take place regarding its sale, the appellant seized her and pushed her down the hallway to the bedroom. She resisted his pushing and tried to reason with him. He said that he was going to break her and began, as soon as the bedroom was reached, to remove her blouse. She said she protested and screamed and grew hysterical and tried to reason with him but was not fighting him in a physical way. When he continued to remove her blouse, she realized he was going to rape her. She tried to escape but he threw her onto the bed and she became totally hysterical. She just lay on the bed and screamed. She then said she tried to rise from the bed but he held out his arm and told her to remove his cufflinks, she refused and then she tried to escape. He pushed her back onto the bed, removed her skirt, nylons and panties, but not her brassiere or slip. She remained on the bed screaming, then she observed that he was undressed, although did not actually recall him undressing. She described various conversations in which she

J'estime que, dans le passage précité de sa décision sur ce point, le juge du procès a appliqué ce critère. Il a entendu toute la preuve. Il a écouté la plaidoirie de l'avocat. Il a considéré toute la question avec la plaidoirie à l'esprit et a conclu [TRADUCTION] «Je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait». A mon avis il a appliqué la bonne règle de droit.

Quand on relie les règles de droit aux faits d'une affaire donnée, il faut garder à l'esprit ce que le juge du procès doit rechercher dans la preuve pour décider s'il y a, comme l'a dit le juge Fauteux, [TRADUCTION] «une preuve ou un point qui puisse rendre vaisemblable l'argument et le grief». En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ceci exige un exposé de la preuve plus détaillé qu'à l'accoutumée.

Après avoir raconté les événements du début de l'après-midi au restaurant, la plaignante a dit que, dès son entrée dans la maison où devaient se tenir les discussions concernant la vente, l'appelant l'a attrapée et l'a poussée vers la chambre à coucher. Elle a résisté et a tenté de le raisonner. Il a dit qu'il allait la briser et s'est mis, dès qu'ils sont entrés dans la chambre, à lui enlever son chemisier. Elle a dit qu'elle a protesté et hurlé et qu'elle est devenue hystérique et a tenté de le raisonner, mais sans se défendre physiquement. Comme il continuait à lui enlever son chemisier, elle a compris qu'il allait la violer. Elle a tenté de s'échapper mais il l'a jetée sur le lit et elle est devenue complètement hystérique. Elle était étendue sur le lit et hurlait. Elle a alors dit qu'elle a essayé de se lever mais qu'il a tendu le bras et lui a dit de lui enlever ses boutons de manchette, qu'elle a refusé et a tenté de s'échapper. Il l'a rejetée sur le lit, lui a enlevé sa jupe, ses bas de nylon et sa culotte, mais pas son soutien-gorge ni sa combinaison. Elle est restée sur le lit à hurler, et c'est à ce moment qu'elle a remarqué qu'il était dévêtu bien qu'elle ne se rappelle pas l'avoir vu se déshabiller. Elle a

told him she was not able to take birth control pills and was without any contraceptive protection. She said that she and the man she lived with were attempting to have a baby and she was at that time ovulating. This information came, she said, from her lover who was a gynaecologist and he later gave evidence confirming these matters. She tried to persuade the appellant to desist but he would not be put off and finally had intercourse with her against her will. She said that the appellant had told her he would not ejaculate in her and she described three short acts of intercourse all against her will in which no ejaculation occurred. After some time the appellant left the bed and got a bow tie from a drawer and a sashcord from a dressing gown. Again, against her will, he tied the bow tie over her mouth as a gag and tied her hands behind her back. She struggled against this and threw herself from the bed onto the floor. He put her back on the bed and while her hands remained tied had intercourse again from the rear. During all this time she said she was at times pleading and reasoning with him, at times hysterical and screaming, and at times endeavouring to avoid and escape him. She said at one stage when she saw him get the tie and cord that she decided that he was going to kill her. Shortly after the incident of falling off the bed, and by this time some three hours had elapsed, she said that he left the room. She seized the opportunity to escape and fled from the house naked with her hands still tied behind her back. She ran down an alley and pounded at the door of a nearby house. She was admitted and the police were called. During all this period, she insisted that she did not consent to any of the acts of intercourse. She insisted that she was hysterical, fearful and helpless in his hands and she escaped as soon as she could.

The appellant, in giving evidence on his own behalf, said that upon arrival at the house, he entered and went immediately to the bathroom. On his return to the front of the house, he led the complainant into the living room. They sat on a couch and began to kiss. During this episode, she removed her necklace and left her car keys on a table in the living room. They then moved into the bedroom where she consented to the removal of

relaté différentes conversations au cours desquelles elle lui a dit qu'elle ne pouvait prendre de contraceptifs et qu'elle était sans protection contraceptive. Elle a dit qu'elle essayait d'avoir un enfant avec l'homme avec lequel elle vivait et que c'était sa période d'ovulation. Ce renseignement lui avait été donné, a-t-elle dit, par son amant, un gynécologue, qui a par la suite témoigné dans ce sens. Elle a tenté de convaincre l'appelant d'arrêter mais il a refusé et a finalement eu des rapports sexuels avec elle contre son gré. Elle a dit que l'appelant lui avait dit qu'il n'éjaculerait pas en elle et elle a décrit trois brefs épisodes de rapports sexuels contre sa volonté au cours desquels il n'y a pas eu d'éjaculation. Après un moment, l'appelant est sorti du lit et est allé chercher un noeud papillon dans un tiroir et la ceinture d'une robe de chambre. Toujours contre son gré, il l'a bâillonnée avec le noeud papillon et lui a attaché les mains dans le dos. Elle s'est débattue et s'est jetée par terre. Il l'a remise sur le lit, et pendant qu'elle avait les mains toujours attachées, il a eu des rapports sexuels avec elle par l'arrière. Pendant tout ce temps elle a dit qu'elle le suppliait et tentait de le raisonner passant de l'hystérie et des hurlements aux tentatives de se libérer et de s'échapper. Elle a dit que lorsqu'elle l'a vu aller chercher la cravate et la ceinture, elle a cru qu'il allait la tuer. Peu après sa chute du lit, à ce moment quelque trois heures s'étaient écoulées, elle a dit qu'il a quitté la pièce. Elle en a profité pour s'échapper et s'est enfuie de la maison, nue et les mains attachées dans le dos. Elle a couru le long d'une allée et a tapé à la porte d'une maison voisine. On l'a fait entrer et on a appelé la police. Pendant tout ce temps, elle a affirmé n'avoir consenti à aucun rapport sexuel. Elle a affirmé qu'elle était hystérique, effrayée et sans défense entre ses mains et qu'elle s'est échappée dès qu'elle a pu.

L'appelant, qui a témoigné pour sa propre défense, a dit qu'à l'arrivée à la maison, il est entré et est allé immédiatement à la salle de bain. A son retour à l'avant de la maison, il a conduit la plaignante au salon. Ils se sont assis sur un sofa et ont commencé à s'embrasser. Pendant cet épisode, elle a enlevé son collier et a laissé ses clés de voiture sur une table du salon. Ils se sont ensuite rendus dans la chambre à coucher où elle a con-

her clothes. He hung her blouse in the closet and put her other garments, after folding them, at the foot of the bed. He agreed that she refused to undo his cufflinks but he undressed and they then had intercourse with her consent. He admitted to three occasions and admitted that he had had no ejaculations. The whole performance, while with her consent, was not very successful. He admitted getting the tie to gag her and the cord to bind her, saying that it was done as an act of bondage to stimulate sexual activity. He said that when bound she suddenly threw herself from the bed and was hysterical and screaming. He said that he put her back on the bed. He left to find a cigarette and on his return she had gone. He did not know where. He waited for some time then put some clothes on and had a look around the house and the yard but could not find her. He insisted that everything was done with her consent. She made no serious resistance to his advances beyond making such coy inquiries as "George, what are you doing?" He said he would not have forced her if she had resisted, that she made no objection to his advances, and, that when she threw herself from the bed he desisted from any further efforts at intercourse and did not have intercourse after that event.

It will be seen at once that there is a fundamental conflict between the two stories. Her version excludes consent and any possible mistaken belief in consent. His version speaks of actual consent and no suggestion of any mistaken belief could arise. To find support for the defence asserted by the appellant, the other evidence must be considered.

When the complainant gained admission to the house where she sought help, she was observed to be in a distraught and emotional condition. She complained that she had been assaulted or raped or that someone was attempting to rape her. She was evidently fearful. She wanted to have her gentleman friend called and the call was made. The police were called as well. The priest, who had

senti à ce qu'il lui enlève ses vêtements. Il a suspendu son chemisier dans le placard et a déposé les autres vêtements au pied du lit, après les avoir pliés. Il a reconnu qu'elle a refusé de défaire ses boutons de manchette, mais il s'est déshabillé et ils ont alors eu des rapports sexuels avec son consentement. Il a admis qu'ils ont eu des rapports sexuels à trois reprises et qu'il n'avait pas éjaculé. Tout ce qui s'est passé, bien qu'avec son consentement, n'a pas eu beaucoup de succès. Il a admis être allé chercher le noeud papillon pour la bâillonner et la ceinture pour l'attacher, disant qu'il s'agissait d'un acte d'asservissement pour stimuler leur excitation sexuelle. Il a dit qu'une fois attachée elle s'est soudainement jetée en bas du lit, qu'elle est devenue hystérique et s'est mise à hurler. Il dit l'avoir replacée sur le lit. Il est parti chercher une cigarette et à son retour elle avait disparu. Il ignorait où. Il a attendu un moment puis a mis des vêtements et a jeté un coup d'œil dans la maison et dans le jardin, mais il ne l'a pas trouvée. Il a affirmé qu'elle avait consenti à tout. Elle n'a pas sérieusement résisté à ses avances, à l'exception de quelques questions timides du genre [TRADUCTION] «George, que faites-vous?» Il dit qu'il ne l'aurait pas forcée si elle avait résisté, qu'elle ne s'est pas opposée à ses avances, et que lorsqu'elle s'est jetée en bas du lit, il a abandonné tout effort pour avoir des rapports sexuels et n'en a pas eu par la suite.

On voit tout de suite qu'il existe un conflit fondamental entre les deux versions. Celle de la plaignante exclut le consentement et toute possibilité d'une croyance erronée au consentement. Dans celle de l'appelant, il est question de véritable consentement et il n'y a rien qui puisse donner naissance à une croyance erronée. Pour trouver un appui au moyen de défense que fait valoir l'appelant, il faut examiner le reste de la preuve.

Lorsque la plaignante est entrée dans la maison où elle avait cherché secours, on a constaté qu'elle était affolée et bouleversée. Elle s'est plainte d'avoir été attaquée ou violée ou que quelqu'un essayait de la violer. Elle était de toute évidence terrifiée. Elle voulait qu'on appelle son ami, ce qui a été fait. On a également appelé la police. Le prêtre qui l'a fait entrer dans la maison lui a enlevé

admitted her to the house, removed the cords from her wrists and found that they had been tightly tied. He gave evidence that he had some difficulty in untying her.

After the complainant had spoken to the police, they went to the appellant's house. Some forty minutes had elapsed since she had left it. The appellant asked if they came about the girl. He denied he had raped her. He said she was willing, that she didn't resist much, and that she had suddenly become hysterical and had run away. He didn't follow her because he didn't know what to do and when he first discovered her absence he was naked himself. In the house, the police found the necklace in the living room with the car keys. They found the complainant's blouse hanging in the closet in the bedroom, the complainant herself had seen it there before her escape. They found her underclothes folded at the foot of the bed with the exception of her slip which was in the bed sheets. Further examination revealed that the clothing of the complainant was undamaged, that is, untorn, though the complainant said that she did observe a torn shoulder strap in her slip the next day. Medical evidence found the following physical markings or injuries upon the body of the complainant. There were three scratches, two on her chest and one on her back, a red mark on the inside of her upper right arm, reddened areas on the front of both wrists. There was no bruising or redness on her mouth, throat, neck, the inside of her thighs or legs, and no injury or any kind of redness was observed about the vaginal area.

In summary then, this was the state of evidence when the trial judge was called upon to make his ruling. It became his task to apply the rule enunciated above. In assessing his resolution of the matter, we must consider the situation as it presented itself to him at the time. Speculation as to what the jury did, or would have done after being charged, is not relevant here.

With that thought in mind and, bearing in mind that the object of the judicial search must be

la ceinture des poignets et s'est rendu compte que celle-ci avait été bien serrée. Il a témoigné avoir éprouvé une certaine difficulté à la détacher.

Après que la plaignante eut parlé aux policiers, ceux-ci se sont rendus à la maison de l'appelant. Il s'était écoulé environ quarante minutes depuis qu'elle s'était échappée. L'appelant leur a demandé s'ils venaient au sujet de la fille. Il a nié l'avoir violée. Il a dit qu'elle était d'accord, qu'elle n'avait pas beaucoup résisté, et qu'elle était soudainement devenue hystérique et s'était enfuie. Il ne l'avait pas suivie parce qu'il ne savait pas quoi faire et que lorsqu'il a d'abord constaté son absence, lui-même était nu. Dans la maison, les policiers ont trouvé le collier et les clés de la voiture dans le salon. Ils ont trouvé le chemisier de la plaignante suspendu dans le placard de la chambre à coucher, où la plaignante elle-même l'avait vu avant de s'échapper. Ils ont trouvé ses sous-vêtements pliés au pied du lit, à l'exception de sa combinaison qui se trouvait dans les draps du lit. Un examen plus approfondi a révélé que les vêtements de la plaignante n'avaient pas été endommagés, c'est-à-dire qu'ils n'avaient pas été déchirés, quoique la plaignante a dit avoir remarqué le lendemain qu'une des bretelles de sa combinaison était déchirée. La preuve médicale indique que l'on a découvert les marques ou blessures suivantes sur le corps de la plaignante: il y avait trois égratignures, deux à la poitrine et une au dos, une marque rouge à l'intérieur du bras droit, des zones rougies à l'intérieur des deux poignets. Elle n'avait aucune meurtrissure ou rougeur à la bouche, à la gorge, au cou, à l'intérieur des cuisses ou des jambes, et aucune blessure ni aucune rougeur n'ont été observées dans la région du vagin.

En résumé donc, c'était l'état de la preuve lorsque le juge du procès a dû prendre sa décision. Il lui incombait d'appliquer la règle déjà énoncée. En examinant sa décision sur ce point, nous devons prendre en considération la situation qui se présentait alors à lui. Il n'est pas pertinent en l'espèce de spéculer sur ce que le jury a fait, ou aurait fait, après avoir reçu les directives.

Gardant cela à l'esprit et vu que ce que l'on recherche est la preuve d'une croyance erronée

evidence of a mistaken but honest belief in the consent of the complainant, one must first ask the question "Where is this evidence to be found?" It cannot be found in the evidence of the complainant. She denies actual consent and her evidence cannot provide any support for a mistaken belief in consent. Her conduct, according to her description, is that of a terrified, hysterical, non-consenting woman who resisted the appellant's advances, albeit unsuccessfully, and when able fled from his house in search of assistance. Turning then to the evidence of the appellant, it immediately becomes apparent that his evidence speaks of actual consent, even cooperation, and leaves little if any room for the suggestion that she may not have been consenting but he thought she was. The two stories are, as has been noted before, diametrically opposed on this vital issue. It is not for the trial judge to weigh them and prefer one to the other. It is for him in this situation, however, to recognize the issue which arises on the evidence for the purpose of deciding what defences are open. In this situation, the only realistic issue which can arise is the simple issue of consent or no consent. In my opinion, the trial judge was correct in concluding that there simply was not sufficient evidence to justify the putting of the defence of mistake of fact to the jury. He left the issue of consent and that was the only one arising on the evidence.

mais sincère au consentement de la plaignante, il faut d'abord se demander «où trouve-t-on cette preuve?» Elle ne peut se trouver dans le témoignage de la plaignante. Elle nie tout consentement véritable et son témoignage ne peut fonder aucune croyance erronée au consentement. Son comportement, selon elle, est celui d'une femme terrifiée, hystérique, et qui ne consentait pas, qui a résisté aux avances de l'appelant, sans y réussir, et qui s'est enfuie de la maison à la recherche de secours dès qu'elle l'a pu. Quant au témoignage de l'appelant, il est immédiatement apparent qu'il y est question d'un véritable consentement, de coopération même, et qu'il laisse peu de place à la possibilité qu'elle ait pu ne pas consentir alors qu'il croyait qu'elle consentait. Les deux versions sont, comme on l'a déjà noté, diamétralement opposées sur ce point essentiel. Il n'appartient pas au juge du procès de les peser et de choisir l'une plutôt que l'autre. Cependant, dans cette situation, il doit délimiter la question soulevée par la preuve afin de décider quels moyens de défense peuvent être invoqués. Dans cette situation, la seule question réaliste qui peut se poser est la simple question du consentement ou de l'absence de consentement. A mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que le moyen de défense d'erreur de fait soit soumis au jury. Il lui a laissé la question du consentement et c'est la seule que soulève la preuve.

In reaching this conclusion, I am not unmindful of the evidence of surrounding circumstances which were said to support the appellant's contention. I refer to the absence of serious injury suffered by the complainant and the absence of damage to clothing, as well as to the long period of time during which the parties remained in the bedroom. These matters may indeed be cogent on the issue of actual consent but, in my view, they cannot by themselves advance a suggestion of a mistaken belief. The finding of the clothes at the foot of the bed, the necklace and the keys in the living room, are equally relevant on the issue of actual consent and, in my view, cannot affect the issue which was clearly framed by the opposing assertions of consent and non-consent.

En venant à cette conclusion, je n'oublie pas la preuve des circonstances de l'affaire qui, a-t-on dit, appuient la prétention de l'appelant. Je parle de l'absence de blessures graves subies par la plaignante et de l'absence de dommages à ses vêtements, de même que de la longue période pendant laquelle les parties sont restées dans la chambre à coucher. Il se peut bien que ces points soient pertinents à la question du consentement véritable, mais, à mon avis, ils ne peuvent en soi appuyer la prétention qu'il y a eu croyance erronée. La découverte des vêtements au pieds du lit, du collier et des clés au salon, est également pertinente à la question du consentement véritable mais, à mon avis, elle ne peut modifier la question clairement délimitée par les affirmations opposées de consentement et d'absence de consentement.

It would seem to me that if it is considered necessary in this case to charge the jury on the defence of mistake of fact, it would be necessary to do so in all cases where the complainant denies consent and an accused asserts it. To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. In *R. v. Plummer and Brown, supra*, Evans J.A., (as he then was) speaking for the Ontario Court of Appeal, considered that there was such evidence as far as Brown was concerned and directed a new trial because the defence had not been put. In that case, the complainant had gone to Plummer's "pad" where she had been raped by Plummer. Brown entered the room where the rape occurred after Plummer had gone. Apparently he had arrived at the house separately from Plummer. It was open on the evidence to find that he was unaware then that Plummer had threatened the complainant and terrorized her into submission. He had intercourse with her and she said that because of continuing fear from Plummer's threats, she submitted without protest. In these special circumstances, the defence was required. The facts clearly established at least an air of reality to Brown's defence. In *Morgan*, there was evidence of an invitation by the complainant's husband to have intercourse with his wife and his assurance that her show of resistance would be a sham. In other words, there was evidence explaining, however preposterous the explanation might be, a basis for the mistaken belief. In the case at bar, there is no such evidence.

Where the complainant says rape and the accused says consent, and where on the whole of the evidence, including that of the complainant, the accused, and the surrounding circumstances, there is a clear issue on this point, and where as here the accused makes no assertion of a belief in consent as opposed to an actual consent, it is unrealistic in the absence of some other circum-

Il me semble que si en l'espèce, on juge nécessaire de donner au jury des directives sur le moyen de défense d'erreur de fait, il faudra le faire dans tous les cas où la plaignante nie avoir consenti et où l'accusé affirme le contraire. Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*, précité, le juge Evans (tel était alors son titre), parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est dit d'avis qu'il existait pareille preuve en ce qui concernait Brown et a ordonné un nouveau procès parce que le moyen de défense n'avait pas été soumis au jury. Dans cette affaire-là, la plaignante était allée à la «piaule» de Plummer où celui-ci l'a violée. Brown est entré dans la pièce où le viol avait eu lieu après le départ de Plummer. Apparemment il était arrivé à la maison sans Plummer. Il était possible de conclure d'après la preuve qu'il ignorait que Plummer avait menacé la plaignante et avait obtenu sa soumission par la terreur. Il a eu des rapports sexuels avec elle et elle a dit qu'elle s'est soumise sans protester parce qu'elle était encore effrayée des menaces de Plummer. Dans ces circonstances particulières, il fallait soumettre ce moyen de défense. Les faits donnaient clairement au moins une apparence de vraisemblance au moyen de défense de Brown. Dans l'affaire *Morgan*, la preuve indiquait que le mari de la plaignante avait invité les accusés à avoir des relations sexuelles avec son épouse et qu'il les avait assurés que ses protestations ne seraient qu'une comédie. En d'autres termes, il y avait une preuve qui donnait, si absurde que puisse être cette explication, un fondement à la croyance erronée. En l'espèce pareille preuve n'existe pas.

Lorsque la plaignante prétend avoir été violée, et que l'accusé prétend qu'elle consentait, et lorsque l'ensemble de la preuve, y compris le témoignage de la plaignante, celui de l'accusé et les circonstances de l'affaire, soulève une question claire sur ce point, et lorsque comme en l'espèce, l'accusé ne fait aucune affirmation de croyance au consentement par opposition à un consentement véritable, il

stance or circumstances, such as are found in the *Plummer and Brown* and *Morgan* cases, to consider the judge bound to put the mistake of fact defence. In my opinion, the trial judge was correct in refusing to put the defence on the evidence before him.

I might add that I have had the advantage of reading the reasons of my brother Dickson J., and while it is apparent that I am unable to accept his view on the evidentiary question, I am in agreement with that part of his judgment dealing with the availability as a defence to a charge of rape in Canada of what is generally termed the defence of mistake of fact.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MARTLAND J.—I agree with the opinion expressed by my brother McIntyre that the trial judge was correct in concluding that there was not sufficient evidence to justify putting the defence of mistake of fact to the jury and with his proposed disposition of this appeal.

I would, however, like to make a comment in respect of one passage in his reasons which refers to the dissenting opinion of Lambert J.A. in the Court of Appeal. Lambert J.A. was of the opinion that there was sufficient evidence to put the defence of mistake of fact to the jury and that the trial judge should have directed the jury that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that he entertained an honest and reasonably held belief in the existence of consent. Dealing with the words underlined, my brother McIntyre says that he cannot share this view because of the pronoucement of this Court in *Beaver v. The Queen*[8], at p. 538. The passage to which he refers is contained in the judgment of Cartwright J. (as he then was) and reads as follows:

> In *Regina v. Tolson* ((1889), 23 Q.B.D. 168), Stephen J. says at p. 188:
>
> ... I think it may be laid down as a general rule that an alleged offender is deemed to have acted under

[8] [1957] S.C.R. 531.

est irréaliste, en l'absence d'autres circonstances, comme celles présentes dans les affaires *Plummer and Brown* et *Morgan*, de considérer que le juge a l'obligation de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. A mon avis, le juge du procès a eu raison de refuser de soumettre ce moyen de défense, compte tenu de la preuve devant lui.

J'ajoute que j'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson; bien qu'il soit évident que je ne peux partager son opinion sur la question de la preuve, je suis d'accord avec la partie de son opinion qui porte sur la possibilité d'invoquer au Canada, en cas d'accusation de viol, ce que l'on appelle généralement le moyen de défense d'erreur de fait.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MARTLAND—Je partage l'opinion de mon collègue le juge McIntyre que le juge du procès a conclu à bon droit qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que l'on soumette au jury le moyen de défense d'erreur de fait et je souscris au règlement du pourvoi qu'il propose.

J'aimerais cependant faire une remarque au sujet du passage de ses motifs qui porte sur l'opinion du juge Lambert, dissident en Cour d'appel. Le juge Lambert y est d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour que le moyen de défense d'erreur de fait soit soumis au jury et que le juge du procès aurait dû dire au jury que, s'il concluait que l'accusé croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables à l'existence du consentement, celui-ci avait le droit d'être acquitté. A propos du mot souligné, le juge McIntyre dit qu'il ne peut partager cette opinion vu la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*[8], à la p. 538. Le passage auquel il renvoie est tiré de l'opinion du juge Cartwright (alors juge puîné) et se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Dans *Regina v. Tolson* ((1889), 23 Q.B.D. 168), le juge Stephen dit, à la p. 188:
>
> ... A mon avis on peut poser comme règle générale que si un accusé croit en toute bonne foi et raisonna-

[8] [1957] R.C.S. 531.

that state of facts which he in good faith and on reasonable grounds believed to exist when he did the act alleged to be an offence.

I am unable to suggest any real exception to this rule, nor has one ever been suggested to me.

and adds at p. 189:

Of course, it would be competent to the legislature to define a crime in such a way as to make the existence of any state of mind immaterial. The question is solely whether it has actually done so in this case.

I adhere to the opinion which, with the concurrence of my brother Nolan, I expressed in *The Queen v. Rees* ([1956] S.C.R. 640 at 651) that the first of the statements of Stephen J. quoted above should now be read in the light of the judgment of Lord Goddard C.J., concurred in by Lynskey and Devlin JJ., in *Wilson v. Inyang* ([1951] 2 K.B. 799) which, in my opinion, rightly decides that the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and that the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining that essential question.

The paragraph which follows the quotation from Stephen J. in *R. v. Tolson* is an *obiter dictum*. The Court which determined the *Beaver* case was a five-man court and two of the judges dissented on the disposition of the case. It involved a charge of being in possession of a drug. The accused was in physical possession of a package which contained drugs, but he said he never knew that the package contained drugs. The Courts below had held that this furnished no defence to the charge under subs. 4(1)(*d*) of the *Opium and Narcotic Drug Act*. The issue before the Court, and on which it divided, was whether the statute created an absolute prohibition, or whether the want of knowledge as to the nature of the substance found in the possession of the accused furnished a defence. The dissenting minority held the view that *mens rea* was not an essential element of the offence charged. The reasonableness of the belief of the accused was not in issue.

Cartwright J., in the passage cited, relies on a statement of Lord Goddard C.J. in *Wilson v.*

blement à l'existence d'un état de fait lorsqu'il a commis l'acte incriminé, il doit être considéré comme ayant commis cet acte sous l'empire de ce fait.

Je n'ai jamais eu connaissance d'une exception à cette règle, je n'en ai pas trouvé non plus moi-même.

et il ajoute à la p. 189:

Bien entendu, il serait loisible au législateur de définir un crime qui exclue toute considération d'état d'esprit. La question est uniquement de savoir s'il l'a vraiment fait dans le cas qui vous intéresse.

Je m'en tiens à l'avis que j'ai exprimé, avec l'approbation de mon collègue Nolan dans *La Reine c. Rees* ([1956] R.C.S. 640 à la p. 651), à savoir que la première des conclusions susmentionnées du juge Stephen doit être maintenant considérée à la lumière du jugement rendu par le juge en chef lord Goddard, auquel on souscrit les juges Lynskey et Devlin, dans *Wilson v. Inyang* ([1951] 2 K.B. 799). Ce jugement a conclu, fort justement à mon avis, que la question essentielle est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et que l'existence ou l'absence de motifs raisonnables constitue une preuve pertinente qu'il appartient au juge du fond d'apprécier lorsqu'il tranche cette question essentielle.

L'alinéa qui suit la citation des propos du juge Stephen dans *R v. Tolson* est un *obiter dictum*. L'arrêt *Beaver* a été rendu par la Cour composée de cinq juges dont deux ont été dissidents sur l'issue du pourvoi. Cette affaire portait sur une accusation de possession d'un stupéfiant. L'accusé était en possession matérielle d'un paquet contenant des stupéfiants, mais a dit n'avoir jamais su que le paquet en contenait. Les tribunaux d'instance inférieure avaient décidé que cela ne constituait pas un moyen de défense à l'accusation portée conformément à l'al. 4(1)*d*) de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*. La question soumise à la Cour, sur laquelle il n'y a pas eu unanimité, était de savoir si la loi créait une interdiction absolue, ou si l'ignorance de la nature de la substance dont l'accusé avait été trouvé en possession constituait un moyen de défense. La minorité dissidente était d'avis que la *mens rea* n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé n'était pas en cause.

Dans le passage cité, le juge Cartwright s'appuie sur un énoncé du lord juge en chef Goddard dans

Inyang[9]. That was a case in which the charge was that of wilfully and falsely using the title of "physician" contrary to s. 40 of the *Medical Act, 1858*. The offence, as defined, included a specific mental ingredient.

Speaking of that case, Bridge J., who delivered the judgment of the Court of Appeal in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[10], said at p. 190:

> Wherever the definition of a crime includes as one of its express ingredients a specific mental element both the evidential and the probative burden lie upon the Crown with respect to that element. Typical examples are dishonesty in theft and knowledge or belief in handling. In seeking to rebut the Crown's case against him in reference to his state of mind the accused may and frequently does assert his mistaken belief in non-existent facts. Of course it is right that in this context the question whether there were reasonable grounds for the belief is only a factor for the jury's consideration in deciding whether the Crown has established the necessary mental element of the crime. This is because the issue is already before the jury and no evidential burden rests upon the accused.

The decsion of the Divisional Court in *Wilson v. Inyang*, [1951] 2 K.B. 799, is to be understood in the light of this principle. The court there rejected the argument that an acquittal by a magistrate of a defendant charged with an offence under section 40 of the Medical Act 1858 should be reversed on appeal by case stated on the ground that the defendant had no reasonable ground for his belief that he was entitled to call himself a "physician." Lord Goddard C.J. said, at p. 803:

> "If he has acted without any reasonable ground, and has refrained from making any proper inquiry, that is generally very good evidence that he is not acting honestly. But it is only evidence, . . ."

The statute, however, under which that prosecution was brought required the prosecution to prove that the defendant acted "wilfully and falsely." Inevitably, therefore, if this subjective mental element was not proved the prosecution failed.

The remarks of Lord Goddard C.J. in *Wilson v. Inyang* were made with reference to an offence

[9] [1951] 2 K.B. 799.
[10] [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.

l'arrêt *Wilson v. Inyang*[9]. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle l'accusation était d'avoir volontairement et faussement porté le titre de «médecin», contrairement à l'art. 40 de la *Medical Act, 1858*. L'infraction, dans sa définition, exigeait un élément mental spécifique.

Voici ce que le juge Bridge a dit à propos de cet arrêt, dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[10], à la p. 190:

> [TRADUCTION] Chaque fois que la définition d'un crime comprend comme composante un élément mental spécifique, le ministère public a la double obligation d'établir cet élément et de l'établir au-delà de tout doute raisonnable. La malhonnêteté dans le vol et la connaissance ou la croyance dans la possession sont des exemples typiques. Pour tenter de réfuter la preuve du ministère public sur l'état d'esprit de l'accusé, ce dernier peut affirmer avoir cru à des circonstances qui n'existaient pas, et c'est fréquemment ce qu'il fait. C'est évidemment à bon droit que dans ce contexte, la question de savoir s'il existait des motifs raisonnables fondant la croyance ne constitue qu'un facteur dont le jury tient compte pour décider si le ministère public a établi l'élément mental requis pour le crime. C'est parce que cette question est déjà soumise au jury et que l'accusé n'a pas le fardeau de la preuve.

L'arrêt de la Divisional Court dans *Wilson v. Inyang*, [1951] 2 K.B. 799, doit s'interpréter à la lumière de ce principe. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'argument que l'acquittement d'une infraction à l'article 40 de la *Medical Act, 1858*, prononcé par un magistrat, devait être infirmé en appel sur exposé de cause parce que le défendeur n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il avait le droit de porter le titre de «médecin». Le lord juge en chef Goddard a dit, à la p. 803:

> «S'il a agi sans motif raisonnable, et s'est abstenu de se renseigner de façon appropriée, cela constitue habituellement une très bonne preuve qu'il n'agit pas de bonne foi. Mais ce n'est qu'une preuve, . . .»

Cependant, la loi en vertu de laquelle la poursuite a été intentée exigeait que le ministère public établisse que le défendeur avait agi «volontairement et faussement». Il est par conséquent inévitable que la poursuite échoue si cet élément mental subjectif n'a pas été établi.

Les remarques du lord juge en chef Goddard dans l'arrêt *Wilson v. Inyang* ont été faites à

[9] [1951] 2 K.B. 799.
[10] [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.

under the section of the *Medical Act* and do not purport to be a general definition of the requisites of a defence of mistake of fact in all criminal cases.

For these reasons, it is my opinion that if a case arises which raises the issue as to whether, on a charge of rape, an accused person who seeks to rely upon a defence of mistake of fact must, in order to succeed, establish that his mistake was reasonable as well as honest, it is open to this Court to determine that issue, and that it is not precluded from so doing by the judgment in the *Beaver* case. On the reasoning of my brother McIntyre in this case, with which I have agreed, that issue does not arise in the present appeal.

The reasons of Dickson and Estey JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—George Pappajohn, a Vancouver businessman, was found guilty before a judge and jury on an indictment charging rape. From that conviction, an appeal was taken to the Court of Appeal of British Columbia. That Court, by a majority, dismissed the appeal.

The principal issue the jury had to determine was whether the complainant consented to those acts of intercourse which, it is not disputed, took place. At trial, however, counsel for the appellant advanced an alternative "defence" which, in his submission, ought also to have been left with the jury. It was argued that even were the jury to decide that the acts transpired in the absence of consent, the appellant could, nonetheless, be excused from criminal responsibility if he had honestly, albeit mistakenly, believed that the complainant was a willing partner. Though the trial judge did not dismiss the defence as being unavailable at law, in the circumstances he disallowed the plea, ruling that there was insufficient evidential foundation to warrant an instruction on the issue. The point in this appeal is whether the trial judge erred in failing to put before the jury a defence of mistaken belief in consent, such failure being a non-direction amounting to misdirection.

propos d'une infraction à un article de la *Medical Act* et ne prétendent pas établir une définition générale des conditions régissant un moyen de défense d'erreur de fait dans toutes les affaires criminelles.

Pour ces motifs, je suis d'avis que s'il se trouve une affaire où, sur une accusation de viol, un accusé plaide l'erreur de fait en défense, la question de savoir si, pour réussir, il doit établir que son erreur se fondait sur des motifs raisonnables et qu'elle était sincère, pourra être tranchée par cette Cour qui n'en est pas empêchée par l'arrêt *Beaver*. Vu le raisonnement du juge McIntyre en l'espèce, auquel j'ai souscrit, cette question ne se pose pas dans le présent pourvoi.

Version française des motifs des juges Dickson et Estey rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—George Pappajohn, un homme d'affaires de Vancouver, a été déclaré coupable par un juge et un jury sur une accusation de viol. Il a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Celle-ci, à la majorité, a rejeté l'appel.

La principale question que le jury devait trancher était celle de savoir si la plaignante avait consenti aux rapports sexuels qui, cela n'est pas contesté, ont eu lieu. Au procès, cependant, l'avocat de l'appelant a fait valoir un «moyen de défense» subsidiaire qui, selon lui, aurait dû être soumis au jury. Il a plaidé que même si le jury décidait que les actes s'étaient produits sans consentement, l'appelant pouvait, néanmoins, être exonéré de sa responsabilité pénale s'il croyait sincèrement, bien qu'erronément, que la plaignante était une partenaire consentante. Bien que le juge du procès n'ait pas rejeté le moyen de défense parce qu'il serait inexistant en droit, il a refusé de l'accepter dans les circonstances et décidé que la preuve était insuffisante pour justifier des directives sur cette question. La question posée dans ce pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exposer au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement, ce qui constituerait une absence de directive équivalant à une directive erronée.

In the main, the Court is here concerned with issues of *mens rea* and mistake of fact. Nonetheless, an appreciation of the evidence led at trial is fundamental to the appeal. Recognition of the defence, if unavailable on the facts of his case, is of no value to the appellant. Conversely, the appellant cannot succeed, regardless of the strength of those facts, unless and until mistake, or honest belief in consent, is accepted as a defence in law to a charge of rape.

It will be convenient to identify the pivotal issues on which the appellant's case turns:

(1) What is the *mens rea* of rape?
(2) Is a mistaken belief in consent available in defence to the charge of rape?
(3) If so, does mistake afford a defence only where the mistake is one which is held both honestly and on reasonable grounds?
(4) Did the trial judge err in the case at bar in ruling there was not sufficient basis of fact to justify leaving the defence of mistake of fact to the jury?

I

Mens Rea

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind. Blackstone spoke of a "vicious act" consequent upon a "vicious will" (*Commentaries*, Book IV, at p. 21). Proof of the mental element is an essential and constituent step in establishing criminal responsibility. Parliament can, of course, by express words, create criminal offences for which a guilty intention is not an essential ingredient. Equally, *mens rea* is not requisite in a wide category of statutory offences which are concerned with public welfare, health and safety. Subject to these exceptions, *mens rea*,

Essentiellement, la Cour doit se pencher ici sur les questions de *mens rea* et d'erreur de fait. Ce pourvoi exige néanmoins une appréciation de la preuve produite au procès. Reconnaître ce moyen de défense, si les faits de l'affaire ne permettent pas de l'invoquer, ne serait d'aucune utilité pour l'appelant. Réciproquement, l'appelant doit échouer, quel que soit le poids de ces faits, à moins que l'erreur, ou la croyance sincère au consentement, ne soit acceptée comme un moyen de défense en droit à une accusation de viol.

Il est plus commode de délimiter les questions dont dépend le sort du pourvoi de l'appelant:

(1) Quelle est la *mens rea* du viol?
(2) Une croyance erronée au consentement constitue-t-elle un moyen de défense à une accusation de viol?
(3) Si c'est le cas, l'erreur constitue-t-elle un moyen de défense uniquement lorsqu'elle est à la fois sincère et fondée sur des motifs raisonnables?
(4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en l'espèce en décidant que les faits ne constituaient pas une base suffisante pour justifier que l'on soumette au jury le moyen de défense d'erreur de fait?

I

La mens rea

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu'un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d'un acte volontaire. Blackstone a parlé d'un [TRADUCTION] «acte illégal» résultant d'une [TRADUCTION] «volonté de nuire» (*Commentaries*, Livre IV, à la p. 21). La preuve de l'élément mental est une étape essentielle et fondamentale de l'établissement de la responsabilité pénale. Le Parlement peut, bien sûr, en termes exprès, créer des infractions criminelles pour lesquelles une intention coupable n'est pas un élément essentiel. De même, la *mens rea* n'est pas requise pour un grand nombre d'infractions créées par la loi relativement au bien-être, à la santé et à

consisting of some positive states of mind, such as evil intention, or knowledge of the wrongfulness of the act, or reckless disregard of consequences, must be proved by the prosecution. The mental element may be established by inference from the nature of the act committed, or by additional evidence.

The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime; it can only be determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. Speaking generally, at least where the circumstance is not "morally indifferent", the mental element must be proved with respect to all circumstances and consequences that form part of the *actus reus*. It follows that, in a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman, his act is not culpable in relation to that element of the offence:

> ... for if the *actus reus* includes surrounding circumstances, it cannot be said to be intentional unless *all its elements*, including those circumstances, are known. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, at p. 141). (*Emphasis added.*)

Taking these principles, then, what is the mental element required under s. 143 of the *Criminal Code* on a charge of rape? This crime was historically regarded as an offence of physical violence. Blackstone defined rape as "the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will" (*Commentaries, supra*, at p. 210). A more comprehensive definition of rape at common law is found in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38th ed.) (1937), at para. 2871:

> Rape consists in having unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear or fraud (citing 1 *East's Pleas of the Crown* 434 and 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

Section 143 of our *Code*, in brief, defines rape as an act of sexual intercourse with a female person without her consent, or with consent if that consent is extorted by threats or fear of bodily harm.

la sécurité publique. Sous réserve de ces exceptions, la poursuite doit établir la *mens rea*, c'est-à-dire un état d'esprit positif, comme l'intention malveillante, ou la connaissance du caractère fautif de l'acte, ou l'indifférence insouciante quant à ses conséquences. L'élément mental peut être établi par déduction à partir de la nature de l'acte commis, ou par une preuve complémentaire.

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas «moralement indifférente», il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Il en découle que, dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction:

> [TRADUCTION] ... car si l'*actus reus* comprend toutes les circonstances de l'affaire, il ne peut être qualifié d'intentionnel à moins que *tous ses éléments*, y compris ces circonstances, soient connus. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, à la p. 141). (J'ai mis des mots en italique.)

Partant de ces principes, quel élément mental l'art. 143 du *Code criminel* exige-t-il sur une accusation de viol? Historiquement, on considère ce crime comme une infraction de violence physique. Blackstone a défini le viol comme [TRADUCTION] «l'union charnelle avec une femme par la force et contre sa volonté» (*Commentaries*, précité, à la p. 210). Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38e éd.) (1937), au par. 2871, donne une définition plus complète du viol en *common law*:

> [TRADUCTION] Le viol consiste à avoir des rapports sexuels illégaux avec une femme sans son consentement par la force, la crainte ou la fraude (citant 1 *East's Pleas of the Crown* 434 et 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

En bref, l'article 143 de notre *Code* définit le viol comme le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin sans son consentement ou avec son consentement si celui-ci est arraché

It will be seen that the statutory definition does not depart in any significant way from the common law definition. For all practical purposes, the *Criminal Code* merely codifies the common law. The essence of the crime consists in the commission of an act of sexual intercourse where a woman's consent, or genuine consent, has been withheld.

The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for, as I have indicated, the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The important question then arises as to whether at common law, and under s. 143 of the *Code*, the guilty intention for rape extends to the element of consent. In principle, it would seem that it should, as intention as to consent is central to responsibility; a man should only be punished where he proceeds with an act of violation in the knowledge that consent is withheld, or in a state of recklessness as to whether willingness is present. The intention to commit the act of intercourse, and to commit that act in the absence of consent, are two separate and distinct elements of the offence.

Is the accused's perception of consent relevant to a charge under s. 143 of the *Criminal Code*? The argument against the application of *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[11] in Canada is that the *Code* creates a statutory offence of rape which does not expressly advert to, or require, that there be a state of mind or intent to proceed in the absence of consent. The issue of consent as an aspect of *mens rea* for rape does not appear to have been raised directly in English authorities previous to the *Morgan* decision, although Lord Denman in *R. v. Flattery*[12] had occasion to say:

> There is one case where a woman does not consent to the act of connection and yet the man may not be guilty of rape, that is where the resistance is so slight and her behaviour such that the man may *bona fide* believe that she is consenting . . . (at p. 392)

[11] [1976] A.C. 182 [1975] 2 All E.R. 347.
[12] (1877), 13 Cox C.C. 388.

par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles. On voit que la définition légale ne diffère pas de façon importante de la définition de *common law*. A toutes fins pratiques, le *Code criminel* ne fait que codifier la *common law*. Le crime consiste essentiellement à avoir des rapports sexuels quand la femme ne donne pas son consentement, ou un consentement véritable.

L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce que, comme je l'ai dit, il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La question importante qui se pose alors est celle de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. En principe, il semble que ce devrait être le cas, parce que l'intention relative au consentement est essentielle à la responsabilité; un homme ne doit être puni que lorsqu'il commet un viol sachant qu'il n'y a pas consentement, ou sans se soucier de savoir s'il y a consentement. L'intention d'avoir des rapports sexuels et celle de commettre cet acte en l'absence de consentement sont deux éléments séparés et distincts de l'infraction.

La perception qu'a l'accusé du consentement est-elle pertinente à une accusation portée en vertu de l'art. 143 du *Code criminel*? L'argument qui milite contre l'application au Canada de l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*[11] est que le *Code* crée une infraction de viol qui ne mentionne ni n'exige expressément l'existence d'un état d'esprit ou d'une intention d'agir en l'absence de consentement. La question du consentement, en tant qu'aspect de la *mens rea* du viol, ne semble pas avoir été analysée directement dans la jurisprudence anglaise avant l'arrêt *Morgan*, bien que lord Denman ait dit dans l'arrêt *R. v. Flattery*[12]:

> [TRADUCTION] Il y a un cas où la femme ne consent pas à la pénétration et où pourtant l'homme peut ne pas être coupable de viol, c'est lorsque la résistance est si faible et sa conduite telle que l'homme peut croire de bonne foi qu'elle consent . . . (à la p. 392)

[11] [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.
[12] (1877), 13 Cox C.C. 388.

The question has been topical in the Australian courts for some time, and we have the benefit of a body of case law which deals with the mental element and honest belief as a defence of mistake. The first decision is *R. v. Hornbuckle*[13] (the Full Court of Victoria sitting) which established a definition of the mental element in rape, followed generally by the Australian courts. In the course of delivering judgment, McFarlan J. had the following to say:

> To hold that knowledge that the act of intercourse was occurring sufficiently establishes the intent, because the man who knows he is committing the act must intend it, even if *prima facie* warranted, seems to us to fail to distinguish "intent to have intercourse" from "intent to have intercourse without the consent of the female". (at p. 287)

The *Hornbuckle* case was followed in *R. v. Daly*[14]. The appeal did not raise an issue of honest belief or mistake, but reached the Court on the question of whether the jury ought to have been instructed that one of the elements of rape is an intention to have intercourse without consent. The *Hornbuckle* princple was reaffirmed by Smith J.:

> ... the Crown must establish beyond reasonable doubt that the accused either was aware that the woman was not consenting, or else realized she might not be, and determined to have intercourse with her whether she was consenting or not. (at pp. 258-9)

A later decision by the Appellate Court of New South Wales, *R. v. Flaherty and others*[15], which was concerned with a plea of mistaken belief, conflicts with *Daly*, at least on the issue of the burden of proof. Though *Flaherty* accepts the defence of honest and reasonable mistake, Asprey J.A. states (at p. 148): " ... the state of mind of the accused is no part of the Crown case, except to the extent that the Crown must prove an intention to perform the physical act." In his view, an accused wishing to benefit from the defence bears the evidential burden to introduce credible material upon which a jury can conclude that he

[13] [1945] V. L. R. 281.
[14] [1968] V. R. 257.
[15] (1968), 89 W.N. (N.S.W.) 141.

Depuis quelque temps déjà cette question est d'actualité devant les tribunaux australiens, et nous disposons d'un ensemble de décisions qui traitent de l'élément mental et du moyen de défense d'erreur de bonne foi. Le premier arrêt est *R. v. Hornbuckle*[13] (la Cour de Victoria siégeant au complet) qui a défini l'élément mental du viol en des termes que les tribunaux australiens ont en général repris. Dans l'exposé de ses motifs, le juge McFarlan a dit:

> [TRADUCTION] On pourrait dire que le fait de savoir qu'il y a eu des rapports sexuels suffit pour établir l'intention, parce que celui qui sait qu'il commet cet acte doit en avoir l'intention, et cette thèse pourrait être justifiée à première vue. Cependant, à notre avis, cette thèse omet de distinguer «l'intention d'avoir des rapports sexuels» de «l'intention d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de la femme». (p. 287)

L'arrêt *Hornbuckle* a été suivi dans l'arrêt *R. v. Daly*[14]. L'appel ne soulevait pas la question de la croyance ou de l'erreur de bonne foi, mais la Cour avait à décider si le jury devait recevoir des directives portant que l'intention d'avoir des rapports sexuels sans consentement est un des éléments du viol. Le principe énoncé dans l'arrêt *Hornbuckle* a été réaffirmé par le juge Smith:

> [TRADUCTION] ... le ministère public doit établir au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la femme ne consentait pas ou alors qu'il se rendait compte qu'elle ne consentait peut-être pas, et était décidé à avoir des rapports sexuels avec elle qu'elle y consente ou non. (aux pp. 258, 259)

Un arrêt postérieur de la Cour d'appel de la Nouvelle-Galles du Sud, *R. v. Flaherty and others*[15], qui porte sur un moyen de défense de croyance erronée, contredit l'arrêt *Daly*, du moins en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Bien que l'arrêt *Flaherty* accepte l'erreur de bonne foi fondée sur des motifs raisonnables comme moyen de défense, le juge Asprey y dit (p. 148): [TRADUCTION] « ... le ministère public n'a pas à établir l'état d'esprit de l'accusé, sauf dans la mesure où il lui faut prouver une intention de commettre l'acte.» A son avis, un accusé qui désire se prévaloir de ce moyen de défense a le fardeau de

[13] [1945] V.L.R. 281.
[14] [1968] V.R. 257.
[15] (1968), 89 W.N. (N.S.W.) 141.

honestly, but mistakenly, believed in consent, and had reasonable grounds for so doing.

In *R. v. Flannery and Prendergast*[16], the *Hornbuckle* and *Daly* line of authority, as to the Crown's burden to prove knowledge of consent, was followed. *Flaherty* was not mentioned. Once again, honest belief was in issue, and in dealing with the defence the Court considered the mental element for rape. It was held that where an accused has not perceived an absence of consent and honestly believed there was consent, the existence of the belief negatives the intention requisite to the commission of the crime.

One of the more recent cases is *R. v. Sperotto, R. v. Salvietti*[17]. A five-man appellate court heard the case, which raised the defence of honest belief. On the question of the mental element, the Court held:

> In order to convict the accused of the crime of rape and, subject to what is hereinafter said, to establish this intention on his part the Crown must prove beyond a reasonable doubt that when the accused had intercourse with the woman either (i) he was aware that she had not consented, or (ii) he realized that she might not be consenting and was determined to have intercourse with her whether she was consenting or not. (at p. 226)

Moreover, the Court held that *Flaherty's* case was not intended to be read as asserting that the state of mind of the accused is no part of the Crown case in relation to the intention of the accused to have intercourse with the woman, regardless of consent.

In *Morgan*, each of the Law Lords accepted the element of knowledge or recklessness as to consent, as a feature of the guilty intention in the crime of rape. In particular, Lord Hailsham endorsed the test formulated by the trial judge, that the prosecution must prove that " ... each defendant intended to have sexual intercourse without her consent, not merely that he intended to have sexual intercourse with her but that he intended

[16] [1969] V.R. 31.
[17] (1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.

produire une preuve vraisemblable sur la base de laquelle un jury peut conclure qu'à partir de motifs raisonnables, il a cru sincèrement, mais erronément, au consentement.

Dans l'arrêt *R. v. Flannery and Prendergast*[16], on a suivi les arrêts *Hornbuckle* et *Daly*, en ce qui concerne le fardeau qu'a le ministère public d'établir la connaissance du consentement. L'arrêt *Flaherty* n'y est pas mentionné. Une fois encore, la croyance sincère était en jeu et dans son analyse de ce moyen de défense, la Cour a étudié l'élément mental du viol. Elle a décidé que si un accusé n'a pas perçu d'absence de consentement et a cru sincèrement qu'il y avait consentement, l'existence de cette croyance dément celle de l'intention requise pour commettre le crime.

Plus récemment il y a eu l'arrêt *R. v. Sperotto, R. v. Salvietti*[17]. La cour d'appel composée de cinq juges a entendu cet appel qui soulevait le moyen de défense de croyance sincère. En ce qui concerne l'élément mental, la Cour a décidé que:

> [TRADUCTION] Pour que l'accusé soit déclaré coupable du viol et, sous réserve de ce qui est dit ci-après, pour établir cette intention de sa part, le ministère public doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que lorsque l'accusé a eu avec la femme des rapports sexuels (i) il savait qu'elle ne consentait pas ou (ii) il se rendait compte qu'elle ne consentait peut-être pas, et était décidé à avoir avec elle des rapports sexuels qu'elle y consente ou non. (à la p. 226)

De plus, la cour a décidé que l'arrêt *Flaherty* ne devait pas être interprété comme une affirmation que le ministère public n'avait pas à établir l'état d'esprit de l'accusé quant à son intention d'avoir des rapports sexuels avec la femme, qu'il y ait ou non consentement.

Dans l'arrêt *Morgan*, tous les lords juges ont accepté que l'élément de connaissance du consentement ou d'insouciance à son égard est une caractéristique de l'intention coupable du crime de viol. Lord Hailsham, notamment, a adopté le critère formulé par le juge du procès, savoir, que la poursuite doit prouver que [TRADUCTION] « ... chaque défendeur avait l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement, non

[16] [1969] V.R. 31.
[17] (1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.

to have intercourse without her consent". (at p. 209) Lord Hailsham added the qualification, if an accused is reckless as to consent, that is equivalent, on ordinary principles, to an intent to do the prohibited act without consent. Lord Simon, though dissenting on the issue of whether a belief must be reasonably held, was succinct:

> The *actus reus* is sexual intercourse with a woman who is not in fact consenting to such intercourse. The *mens rea* is knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. (at p. 218)

In the view of Lord Edmund-Davies, also in dissent, it is incorrect to regard rape as involving no mental element save the intention to have intercourse; knowledge by the accused of the woman's unwillingness to have intercourse is essential to the crime. (at p. 225) (See also Lord Fraser of Tullybelton, at p. 237).

Following the *Morgan* decision, the Home Secretary commissioned an inquiry and the *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (the Heilbron Report) was soon published (1975). The mandate of the Group was to consider whether the *Morgan* decision necessitated immediate statutory reform. In the course of its report, which approved the principles elucidated in *Morgan*, the following is stated, at para. 23:

> The mental element, which the prosecution must additionally establish (*i.e.* to the *actus reus*) is an intention by the defendant to have sexual intercourse either knowing that she does not consent, or recklessly not caring whether she consents or not.

Moreover, the Group agreed that a mistaken though genuine belief is inconsistent with, and negatives, the requisite mental element. Such a belief need not be reasonably held, although the reasonableness of it is a relevant consideration for the jury. It is no longer disputed that, in England, perception of the woman's consent is an aspect of the mental element in crimes of rape.

Turning to Canada and the intention requisite for a s. 143 offence, the most recent decision is

seulement d'avoir des rapports sexuels avec elle mais d'avoir des rapports sexuels sans son consentement». (à la p. 209) lord Hailsham a ajouté la restriction que si l'accusé ne se soucie pas du consentement, cela équivaut, en principe, à une intention de commettre l'acte prohibé en l'absence de consentement. Quoique dissident sur la question de savoir si une croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables, lord Simon a dit succinctement:

> [TRADUCTION] Dans ce cas, les rapports sexuels avec une femme, sans son consentement, constituent l'*actus reus* et la *mens rea* consiste à savoir que la femme n'y consent pas ou à ne pas se soucier du consentement ou de l'absence de consentement. (à la p. 218)

Selon lord Edmund-Davies, également dissident, il est erroné de considérer que le viol ne comporte pas d'élément mental à part l'intention d'avoir des rapports sexuels; il est essentiel que l'accusé sache que la femme ne consent pas aux rapports sexuels. (à la p. 225) (Voir également lord Fraser of Tullybelton, à la p. 237).

A la suite de l'arrêt *Morgan*, le secrétaire de l'Intérieur a ouvert une enquête et le *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (le rapport Heilbron) a été publié peu après en 1975. Le *Group* avait pour mandat d'examiner si l'arrêt *Morgan* exigeait une refonte législative immédiate. Dans ce rapport, qui approuve les principes dégagés par l'arrêt *Morgan*, on trouve ce qui suit, au par. 23:

> [TRADUCTION] L'élément mental, que la poursuite doit établir en plus (c.-à-d.) de l'*actus reus*) est l'intention du défendeur d'avoir des rapports sexuels soit sachant qu'elle ne consent pas, soit sans se soucier de savoir si elle consent ou non.

De plus, le *Group* a convenu qu'une croyance erronée quoique sincère est incompatible avec l'élément mental requis et le dément. Pareille croyance n'a pas à se fonder sur des motifs raisonnables, bien que son caractère raisonnable soit un élément dont le jury doit tenir compte. Il n'est plus contesté qu'en Angleterre, la perception du consentement de la femme est un aspect de l'élément mental du viol.

En ce qui concerne le Canada et l'intention qu'exige l'infraction de l'art. 143, l'arrêt le plus

Mazza v. The Queen[18], in which the appellant appealed his conviction in a joint trial with the co-accused Rizzuto. Mazza engaged in intercourse where no consent was given, though in circumstances somewhat different to those under which his co-accused earlier committed similar acts. Mazza arrived after the woman's submission had been induced by the threats of his cohort, and claimed in defence that he was unaware that she was, in fact, withholding consent. Chief Justice Laskin, speaking for the Court, reviewed the facts and held Mazza had no valid complaint. The trial judge had not failed to isolate the question of Mazza's possible lack of awareness of non-consent, or of honest belief there was consent. The case goes no further in its discussion of *mens rea* and mistake of fact.

The law of rape was considered by this Court in *Leary v. The Queen*[19]. The appeal turned on the availability of intoxication as a defence to the charge. Mr. Justice Pigeon, although disagreeing with the contention that specific intent was required, cited the following passage from the speech of Lord Simon, in the course of his review of what had been said in *Morgan* (at p. 58):

This brings me to the fourth question, namely whether rape is a crime of basic or ulterior intent. Does it involve an intent going beyond the *actus reus*? Smith and Hogan (Criminal Law, 3rd Edn, 1973, p. 47) say No. I respectfully agree. The *actus reus* is sexual intercourse with a woman who is not in fact consenting to such intercourse. *The mens rea is knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. (Emphasis added.)*

The dissenting judgment in *Leary* contained this definition of the mental element:

... the Crown must prove, beyond reasonable doubt, intercourse without consent, together with (a) an intention to force intercourse notwithstanding absence of consent, or (b) a realization that the conduct may lead to non-consensual intercourse and a recklessness or indifference to that consequence ensuing. It will not do

[18] [1978] 2 S.C.R. 907.
[19] [1978] 1 S.C.R. 29.

récent est celui rendu dans l'affaire *Mazza c. La Reine*[18], où l'appelant interjetait appel de sa déclaration de culpabilité prononcée à un procès conjoint avec le coaccusé Rizzuto. Mazza a eu des rapports sexuels alors qu'il n'y avait pas consentement, quoique dans des circonstances quelque peu différentes de celles dans lesquelles son coaccusé avait plus tôt commis des actes semblables. Mazza est arrivé après que la soumission de la femme eut été obtenue par les menaces de son complice, et a prétendu en défense qu'il ignorait qu'en fait, elle ne consentait pas. Le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, a analysé les faits et a décidé que Mazza ne pouvait valablement se plaindre. Le juge du procès n'avait pas omis de traiter séparément de l'ignorance possible de Mazza quant à l'absence de consentement ni de sa croyance sincère au consentement. Cet arrêt ne traite pas plus à fond de la *mens rea* et de l'erreur de fait.

Cette Cour a examiné le droit relatif au viol dans l'arrêt *Leary c. La Reine*[19]. Le sort du pourvoi dépendait de la possibilité d'invoquer l'ivresse comme moyen de défense à l'accusation. Quoiqu'il rejette la prétention qu'une intention spécifique est requise, M. le juge Pigeon analyse ce qui a été dit dans l'arrêt *Morgan* et cite le passage suivant de l'opinion de lord Simon (à la p. 58):

[TRADUCTION] J'en viens donc à la quatrième question, celle de savoir si le viol est un crime d'intention générale ou d'intention arrêtée. Implique-t-il une intention qui va au-delà de l'*actus reus*? Les auteurs Smith et Hogan (Criminal Law, 3e ed., 1973, p. 47) disent que non et je partage leur opinion. Dans ce cas, les rapports sexuels avec une femme, sans son consentement, constituent l'*actus reus* et *la mens rea consiste à savoir que la femme n'y consent pas ou à ne pas se soucier du consentement ou de l'absence de consentement.* (J'ai mis des mots en italique.)

L'opinion dissidente dans l'arrêt *Leary* contient la définition suivante de l'élément mental:

... le ministre public doit prouver, au-delà de tout doute raisonnable, l'absence de consentement de la femme, plus a) l'intention de la contraindre aux rapports sexuels même en l'absence de consentement ou b) la conscience que ce comportement peut conduire à des rapports sexuels sans le consentement de la femme, accompagnée

[18] [1978] 2 R.C.S. 907.
[19] [1978] 1 R.C.S. 29.

simply to say that because the accused committed the physical act and the woman did not consent, he must be taken to have intended to have intercourse without consent. (at p. 35)

Two decisions rendered in provincial courts of appeal bear comment. In *R. v. Bresse, Vallières and Théberge*[20], Myrand J.A., speaking for the majority of the Quebec Court of Appeal, accepted knowledge of lack of consent as a positive aspect of the crime of rape:

[TRANSLATION] In any matter of rape, two mental elements must be considered; the one relates to the victim, the other to the aggressor. With regard to the victim, it is the absence of consent to the sexual relations; with regard to the aggressor, it is the desire to impose sexual relations upon the victim. The latter element assumes the knowledge by the accused of the lack of consent of the victim. (at pp. 81-2)

He concluded that where the attitude of the woman is equivocal as to consent, it cannot be said there is no evidence for a jury on the issue of sincere belief in consent.

In *R. v. Plummer and Brown*[21], the appellant Brown arrived after earlier acts of intercourse had been induced by threats and was alerted to the possibility that consent was not forthcoming, as the girl was crying when he entered the room. On appeal from his conviction, the Ontario Court of Appeal, without reference to, or review of, any of the case authorities, held:

There must be a direction to the jury, that if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt that the circumstances were such that Brown could not honestly believe her consent was voluntary, then he must be acquitted. (at p. 500)

It will thus be seen that the great weight of authority is in support of the view that the accused's perception of the woman's consent is an important aspect of any prosecution for the crime of rape. Counsel for the Crown in the instant appeal reviewed and compared s. 143 of the *Code* with other Part IV *Code* offences, to make the point that the subjective belief of an accused is no

[20] (1978), 48 C.C.C. (2d) 78, [1978] C.A. 443.
[21] (1975), 24 C.C.C. (2d) 497.

d'une totale indifférence à l'égard des conséquences éventuelles. Il ne suffit pas de dire que l'accusé a commis l'acte sans le consentement de la femme, il faut qu'il ait eu l'intention d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de cette dernière. (à la p. 35)

Deux arrêts rendus par des cours d'appel provinciales sont pertinents. Dans *R. c. Bresse, Vallières et Théberge*[20], le juge Mayrand, au nom de la majorité de la Cour d'appel du Québec, a reconnu que la connaissance de l'absence de consentement était un aspect positif du viol:

Dans toute affaire de viol, deux éléments psychologiques doivent être considérés; l'un se rapporte à la victime, l'autre à l'agresseur. Du côté de la victime, c'est l'absence de consentement au rapport sexuel; du côté de l'agresseur, c'est la volonté d'imposer un rapport sexuel à la victime. Ce dernier élément suppose la connaissance par l'accusé du défaut de consentement de la victime (à la p. 448).

Il a conclu que lorsque l'attitude de la femme est équivoque sur la question du consentement, on ne peut dire qu'il n'y a pas de preuve à soumettre à un jury sur la question de la croyance sincère au consentement.

Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*[21], l'appelant Brown est arrivé après que des rapports sexuels eurent déjà été obtenus par des menaces, et la possibilité de l'absence de consentement était là puisque la fille pleurait lorsqu'il est entré dans la pièce. En appel de sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel de l'Ontario, sans faire mention de la jurisprudence, ou sans l'examiner, a décidé que:

[TRADUCTION] On doit dire au jury que si le ministère public n'établit pas au-delà de tout doute raisonnable que les circonstances étaient telles que Brown ne pouvait de bonne foi croire que son consentement était volontaire, il doit être acquitté. (à la p. 500)

On voit donc que la jurisprudence penche lourdement en faveur de l'opinion que la perception qu'a l'accusé du consentement de la femme est un élément important de toute poursuite pour viol. Le substitut du procureur général en l'espèce a analysé l'art. 143 du *Code* et l'a comparé avec d'autres infractions de la Partie IV du *Code*, pour faire ressortir que le ministère public n'a pas à établir la

[20] [1978] C.A. 443, (1978), 48 C.C.C. (2d) 78.
[21] (1975), 24 C.C.C. (2d) 497.

part of the case to be proved by the Crown. It was contended that, since reference to intention to proceed in the absence of consent is lacking in s. 143, the statutory wording prevails over case authorities which consider the mental element in terms of the common law definition. Section 148 of the *Code* was cited in comparison. This section specifies as an ingredient of the offence, knowledge or reason for belief that the female person is, by reason of her mental condition, incapable of giving a reasonable consent. Knowledge of the existence of a blood relationship is a constituent element of the crime of incest, spelled out in s. 150 of the *Code*.

One cannot assume, on the strength of these two sections, that there is no *mens rea* element relating to consent, for crimes of rape. Parliament does not consistently employ wording which indicates express levels of intention (such as knowingly, intentionally, wilfully) for all offences which undoubtedly import a mental element. Even within Part IV, there is no consistency in the wording of the offences. I do not think the determination of the mental element for rape turns, in any way, on a comparative analysis of the wording for Part IV offences.

I refer to the statement by Lord Reid in *Sweet v. Parsley*[22]:

> ... for it is firmly established by a host of authorities that *mens rea* is an essential ingredient of every offence unless some reason can be found for holding that that is not necessary. It is also firmly established that the fact that other sections of the *Act* expressly require *mens rea*, for example because they contain the word 'knowingly', is not in itself sufficient to justify a decision that a section which is silent as to *mens rea* creates an absolute offence. (at p. 350)

In summary, intention or recklessness must be proved in relation to all elements of the offence, including absence of consent. This simply extends to rape the same general order of intention as in other crimes.

[22] [1969] 1 All E.R. 347.

croyance subjective d'un accusé. Il a fait valoir que, puisque l'art. 143 ne mentionne pas l'intention d'agir en l'absence de consentement, les termes de la loi l'emportent sur la jurisprudence qui considère l'élément mental en fonction de la définition de *common law*. Il a fait une comparaison avec l'art. 148 du *Code*. Cet article spécifie, comme élément de l'infraction, la connaissance ou des raisons de croire que la personne du sexe féminin est, à cause de son état mental, incapable de donner un consentement raisonnable. La connaissance de l'existence d'un lien du sang est un élément constitutif de l'inceste, prévu à l'art. 150 du *Code*.

Il est impossible de présumer, sur le fondement de ces deux articles, qu'il n'y a pas d'élément de *mens rea* relatif au consentement dans les crimes de viol. Le Parlement n'emploie pas toujours des termes qui indiquent des niveaux donnés d'intention (comme sciemment, intentionnellement, volontairement) pour toutes les infractions qui comportent sans aucun doute un élément mental. Même dans la Partie IV, les termes employés pour définir les infractions ne sont pas partout identiques. Je ne crois pas que la définition de l'élément mental du viol dépende, de quelque façon, d'une analyse comparative des termes employés dans les infractions de la Partie IV.

Je renvoie à l'énoncé de lord Reid dans l'arrêt *Sweet v. Parsley*[22]:

> [TRADUCTION] ... une jurisprudence abondante a bien établi que la *mens rea* est un élément essentiel de toute infraction à moins qu'il n'y ait quelque raison de décider qu'elle n'est pas nécessaire. Il est également bien établi que le fait que d'autres articles de la *Loi* exigent la *mens rea* en termes exprès, parce qu'ils emploient le terme «sciemment», n'est pas en soi suffisant pour décider qu'un article qui est muet sur cette question crée une infraction absolue. (à la p. 350)

En résumé, il faut établir l'intention ou l'insouciance à l'égard de tous les éléments de l'infraction, y compris l'absence de consentement. Cela étend simplement au viol une intention du même genre que celle que l'on requiert dans les autres crimes.

[22] [1969] 1 All E.R. 347.

II

Mistake of Fact

Belief by an accused in a mistaken set of facts has not always afforded an answer to a criminal charge. By the early criminal law, the only real defence that could be raised was that an act had not been voluntary and, therefore, could not be imputed to the accused. Thus it was possible in some cases to excuse a man who had acted under a mistake, by the argument that his conduct was not truly voluntary (*Russell on Crime*, Vol. 1 (12th ed.), at p. 71). In the seventeenth century, Hale wrote: "But in some cases *ignorantia facti* doth excuse, for such an ignorance many times makes the act itself morally involuntary." (1 *Pleas of the Crown* 42)

The leading English cases on mistake of fact are, of course, *R. v. Prince*[23] and *R. v. Tolson*[24]. In the *Prince* decision (at p. 152), Brett J. cited from *Blackstone's Commentaries*:

> Ignorance or mistake is another defect of will, when a man intending to do a lawful act does that which is unlawful. For here, the deed and the will, acting separately, there is not that conjunction between them which is necessary to form a criminal act . . .

Brett J. held that mistake, as a defence, applies whenever facts are present, in which an accused believes and has reasonable ground to believe, which if true, would render his act innocent and not a crime. The *Tolson* case, following *Prince*, considered the extent to which a mistaken, though honest and reasonable, belief that the first spouse was dead could afford a defence to a charge of bigamy. The classic statement is that of Cave J.:

> At common law an honest and reasonable belief in the existence of circumstances, which, if true, would make the act for which the prisoner is indicted an innocent act has always been held to be a good defence. (at p. 181)

An honest and reasonable mistake of fact is on the same footing as the absence of a reasoning

[23] (1875), 13 Cox C.C. 138.
[24] (1889), 23 Q.B. 168.

II

L'erreur de fait

La croyance qu'a un accusé d'une situation de fait erronée n'a pas toujours offert un moyen de défense à une accusation criminelle. Dans le droit criminel ancien, le seul véritable moyen de défense que pouvait soulever un accusé était qu'un acte, n'étant pas volontaire, ne pouvait lui être imputé. Il était donc possible dans certains cas d'exonérer un individu qui avait agi par erreur, au motif que sa conduite n'était pas véritablement volontaire (*Russell on Crime*, Vol. 1 (12e éd.) à la p. 71). Au dix-septième siècle, Hale écrit: [TRADUCTION] «Mais dans certains cas *ignorantia facti* constitue une excuse, car cette ignorance rend souvent l'acte lui-même moralement involontaire.» (1 *Pleas of the Crown* 42)

Les arrêts-clés anglais sur l'erreur de fait sont évidemment *R. v. Prince*[23] et *R. v. Tolson*[24]. Dans l'arrêt *Prince* (p. 152), le juge Brett cite cet extrait tiré de *Blackstone's Commentaries*:

> [TRADUCTION] L'ignorance ou l'erreur est un autre défaut qui affecte la volonté, quand un individu avec l'intention d'agir légalement commet un acte illégal. Dans ce cas, en effet, comme l'acte et la volonté agissent séparément, on ne trouve pas la conjonction qui est nécessaire pour qu'il y ait un acte criminel . . .

Le juge Brett décide que l'erreur constitue un moyen de défense lorsqu'il y a des faits, auxquels l'accusé croit et a des motifs raisonnables de croire, qui, s'ils existaient, rendraient son acte licite. L'arrêt *Tolson*, qui a suivi l'arrêt *Prince*, examine la mesure dans laquelle une croyance erronée, quoique sincère et raisonnable, que la première épouse était décédée, peut constituer un moyen de défense à une accusation de bigamie. L'énoncé classique est celui du juge Cave:

> [TRADUCTION] On a toujours considéré en *common law* qu'une croyance sincère et raisonnable en l'existence de circonstances qui, si elles existaient, rendraient licite l'acte dont le prévenu est accusé, constitue un moyen de défense valable. (à la p. 181)

Une erreur de fait de bonne foi et fondée sur des motifs raisonnables est comparable à l'absence de

[23] (1875), 13 Cox C.C. 138.
[24] (1889), 23 Q.B. 168.

faculty, as with infants, or impairment of the faculty, as in lunacy (*Tolson*, at p. 181). Culpability rests upon commission of the offence with knowledge of the facts and circumstances comprising the crime. If, according to an accused's belief concerning the facts, his act is criminal, then he intended the offence and can be punished. If, on the other hand, his act would be innocent, according to facts as he believed them to be, he does not have the criminal mind and ought not to be punished for his act. (See E. R. Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal Law", 22 *Harvard L.R.* 75, 82).

As stated by Mr. Justice Dixon, as he then was, in *Thomas v. The King*[25]:

> States of volition are necessarily dependent upon states of fact, and a mistaken belief in the existence of circumstances cannot be separated from the manifestation of the will which it prompts ... the nature of an act of volition may be of an entirely different description if it is based on mistake of fact. The state of facts assumed must often enter into the determination of the will. It would be strange if our criminal law did not contain this principle and treat it as fundamental. (at pp. 299-300)

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

If I am correct that: (i) s. 143 of the *Criminal Code* imports a *mens rea* requirement, and (ii) the *mens rea* of rape includes intention, or recklessness as to non-consent of the complainant, a mistake that negatives intention or recklessness entitles the accused to an acquittal. Glanville Williams notes

[25] (1937), 59 C.L.R. 279.

faculté de raisonnement, dans le cas des jeunes enfants, ou à son affaiblissement, dans les cas de démence (*Tolson*, à la p. 181). La culpabilité repose sur la perpétration de l'infraction en connaissance des faits et circonstances qui constituent l'acte criminel. Si, compte tenu des faits auxquels un prévenu croit, son acte est criminel, il a alors eu l'intention de commettre l'infraction et peut être puni. Si, par contre, son acte est licite compte tenu des faits qu'il croyait exister, il n'a pas la volonté criminelle et ne devrait pas être puni. (Voir E.R. Keedy, «Ignorance and Mistake in the Criminal Law», 22 *Harvard L.R.* 75, 82).

Comme l'a dit le juge Dixon, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Thomas v. The King*[25]:

> [TRADUCTION] Les états d'esprit dépendent nécessairement d'états de fait, et une croyance erronée en l'existence de circonstances ne peut être séparée de la manifestation de volonté qu'elle provoque ... la nature d'un acte de volonté peut être d'une nature entièrement différente s'il se fonde sur une erreur de fait. L'état de fait présumé joue souvent un rôle pour déterminer l'état d'esprit. Il serait étrange que notre droit criminel ne contienne pas ce principe et ne le considère pas comme fondamental. (aux pp. 299, 300)

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

Si j'ai raison de dire que: (i) l'art. 143 du *Code criminel* exige une *mens rea*, et (ii) la *mens rea* du viol inclut l'intention, ou l'insouciance quant au non-consentement de la plaignante, une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance donne à l'accusé le droit d'être acquitté. Glanville Williams

[25] (1937), 159 C.L.R. 279.

(*Criminal Law, The General Part*, p. 173, para. 65):

It is impossible to assert that a crime requiring intention or recklessness can be committed although the accused laboured under a mistake negativing the requisite intention or recklessness. Such an assertion carries its own refutation.

Howard (*Criminal Law* (3rd. ed.)) points out that rape is aimed at the protection of women from forcible subjection to non-marital sexual intercourse, but that the facts of life not infrequently impede the drawing of a clean line between consensual and non-consensual intercourse:

... it is easy for a man intent upon his own desires to mistake the intentions of a woman or girl who may herself be in two minds about what to do. Even if he makes no mistake it is not unknown for a woman afterwards either to take fright or for some other reason to regret what has happened and seek to justify herself retrospectively by accusing the man of rape. (at p. 149)

I do not think the defence of mistaken belief can be restricted to those situations in which the belief has been induced by information received from a third party. That was the situation in the *Morgan* case. In *Morgan,* the belief in consent was induced by information related by the complainant's husband, who spoke of his wife's sexual propensities. The foundation for the defence, incredible as it turned out to be, in view of the violence, was the misinformation of the husband. Had the defendants believed that information, and had the wife's overt conduct been relatively consistent with it, the defendants would have had a defence. That is the effect of the *dicta* of the House of Lords in the *Morgan* case.

In principle, the defence should avail when there is an honest belief in consent, or an absence of knowledge that consent has been withheld. Whether the mistake is rooted in an accused's mistaken perception, or is based upon objective, but incorrect, facts confided to him by another, should be of no consequence. The kind of mistaken fact pleaded by the *Morgan* defendants, however, is more likely to be believed than a bald assertion of mistaken belief during a face to face encounter. In any

note (*Criminal Law, The General Part*, p. 173, par. 65) que:

[TRADUCTION] Il est impossible d'affirmer qu'un acte criminel qui exige l'intention ou l'insouciance peut être commis alors que l'accusé a agi sous l'effet d'une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance requise. Cette affirmation contient sa propre réfutation.

Howard (*Criminal Law* (3e éd.)) fait remarquer que le viol vise à protéger les femmes contre une contrainte à des rapports sexuels hors du mariage, mais qu'il n'est pas rare que la réalité des choses empêche de départager clairement les rapports sexuels de consentement et ceux où il y a absence de consentement:

[TRADUCTION] ... il est facile pour un homme attentif à son propre désir de se tromper sur les intentions d'une femme ou d'une fille qui elle-même peut hésiter sur quoi faire. Même s'il ne se trompe pas, on a déjà vu une femme par la suite soit prendre peur soit pour d'autres raisons regretter ce qui s'est passé et chercher à se justifier rétroactivement en accusant l'homme de viol. (à la p. 149)

Je ne crois pas que l'on puisse restreindre le moyen de défense de croyance erronée aux seules situations où la croyance résulte de renseignements reçus d'un tiers. C'était la situation dans l'affaire *Morgan.* La croyance au consentement y résultait de renseignements fournis par le mari de la plaignante, qui avait parlé des tendances sexuelles de son épouse. Le fondement du moyen de défense, si incroyable qu'il se soit avéré compte tenu de la violence, était les faux renseignements donnés par le mari. Si les défendeurs avaient cru aux renseignements et si le comportement manifeste de l'épouse avait été relativement compatible avec eux, les défendeurs auraient pu invoquer ce moyen de défense. C'est là la portée des *dicta* de la Chambre des lords dans cet arrêt.

En principe, on devrait pouvoir plaider ce moyen de défense lorsqu'il y a croyance sincère au consentement, ou ignorance quant à l'absence de consentement. Que l'erreur prenne sa source dans la perception erronée de l'accusé, ou se fonde sur des faits objectifs mais inexacts qu'un tiers lui a confiés, ne devrait pas avoir d'incidence. Des faits erronés du genre de ceux plaidés par les défendeurs dans l'affaire *Morgan*, cependant, ont plus de chance d'être crus qu'une simple assertion d'une

event, it is clear that the defence is available only where there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred, to found the plea.

III

Honest and Reasonable Mistake

The next question which must be broached is whether a defence of honest, though mistaken, belief in consent must be based on reasonable grounds. A majority of the House of Lords in *Morgan* answered the question in the negative, and that view was affirmed by the Heilbron Committee. There can be no doubt this answer is consonant with principle. As Professor Keedy has written (22 *Harv. L. Rev.* 75, at p. 88), an act is reasonable in law when it is such as a man of ordinary care would do under similar circumstances; to require that the mistake be reasonable means that, if the accused is to have a defence, he must have acted up to the standard of an average man, whether the accused is himself such a man or not; this is the application of an outer standard to the individual; if the accused is to be punished because his mistake is one which an average man would not make, punishment will sometimes be inflicted when the criminal mind does not exist.

In other jurisdictions, there are divergent decisions and *dicta* on the question whether mistaken belief must be based on reasonable grounds to exculpate. In the affirmative are such bigamy cases as *Tolson, supra; Thomas, supra*; *R. v. King*[26] and *R. v. Gould*[27]. Non-bigamy cases are *Prince, supra*; *Bank of New South Wales v. Piper*[28], *R. v. Warner*[29] and *Sweet v. Parsley, supra*. In the majority of cases in which the courts view the mistake as a defence only if made on

croyance erronée pendant une rencontre en personne. Quoi qu'il en soit, il est clair que le recours à ce moyen de défense n'est possible que lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte.

III

L'erreur de bonne foi, fondée sur des motifs raisonnables

La question qu'il faut aborder ensuite est celle de savoir si croire de bonne foi, quoiqu'à tort, au consentement est un moyen de défense qui doit se fonder sur des motifs raisonnables. La Chambre des lords, à la majorité, a répondu à cette question par la négative dans l'arrêt *Morgan*, et cette opinion a été confirmée par la Commission Heilbron. Il est indubitable que cette réponse est conforme aux principes. Comme l'a écrit le professeur Keedy (22 *Harv. L. Rev.* 75 à la p. 88), un acte est raisonnable en droit lorsque c'est celui que l'homme normalement diligent accomplirait dans des circonstances semblables; exiger que l'erreur soit fondée sur des motifs raisonnables signifie que, pour que l'accusé ait un moyen de défense, ses actes doivent se conformer à la norme de l'homme moyen, qu'il en soit un ou non; c'est appliquer une norme extérieure à l'individu; si l'accusé doit être puni parce que son erreur en est une qu'un homme moyen n'aurait pas commise, on infligera parfois une punition alors qu'il n'y a pas de volonté criminelle.

Dans d'autres juridictions, on trouve des décisions et des *dicta* divergents sur la question de savoir si la croyance erronée doit se fonder sur des motifs raisonnables pour qu'il y ait exonération. Des arrêts portant sur la bigamie, comme *Tolson*, précité, *Thomas*, précité, *R. v. King*[26] et *R. v. Gould*[27], répondent par l'affirmative. Des arrêts ne portant pas sur la bigamie sont *Prince*, précité, *Bank of New South Wales v. Piper*[28], *R. v. Warner*[29] et *Sweet v. Parsley*, précité. Dans la

[26] [1963] 3 All E. R. 561.
[27] [1968] 1 All E.R. 849.
[28] [1897] A. C. 383.
[29] [1969] 2 A.C. 256.

[26] [1963] 3 All E.R. 561.
[27] [1968] 1 All E.R. 849.
[28] [1897] A.C. 383.
[29] [1969] 2 A.C. 256.

reasonable grounds, such as in *Tolson,* that view is not a necessary part of the *ratio decidendi.*

Among the cases in which mistaken belief was considered, and a test of reasonableness applied, are *Flannery, supra, R. v. Bourke*[30] and *Sperotto and Salvietti, supra.* Cases to the contrary are: *Thorne v. Motor Trade Association*[31], *Wilson v. Inyang*[32], *R. v. Smith*[33], *R. v. Brown*[34]. Virtually unanimous rejection of the added requirement of "reasonableness" is to be found in the scholarly writings: Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part,* para. 70, at p. 201): "The idea that a mistake, to be a defence, must be reasonable, though lurking in some of the cases, is certainly not true as a general proposition"; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law,* at p. 100; *Howard, supra,* at pp. 153-4; Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th ed.), at p. 182; *Russell on Crime* (12th ed), at p. 76; J. C. Smith (1975), *Crim. L.R.* 41; Morris and Turner, 2 *U. of Queensland L.J.* 247.

In Canada, the *Tolson* rule has already been rejected by this Court in favour of the honest belief standard. Unless this Court wishes to overrule *Beaver v. The Queen*[35], it is difficult to see how the minority in *Morgan* can decide this appeal.

In *R. v. Rees*[36], the issue was whether there is *mens rea* for the offence of knowingly or wilfully contributing to juvenile delinquency. Cartwright J. set out the *Tolson* test and then held as follows:

[30] (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 793.
[31] [1937] A.C. 797.
[32] [1951] 2 All E.R. 237.
[33] [1974] 1 All E. R. 632.
[34] (1975), 10 S.A.S.R. 139.
[35] [1957] S.C.R. 531.
[36] [1956] S.C.R. 640.

plupart des cas où les tribunaux ont considéré que l'erreur ne constitue un moyen de défense que si elle se fonde sur des motifs raisonnables, comme dans l'arrêt *Tolson,* cette opinion n'est pas une partie essentielle de la *ratio decidendi.*

Parmi les affaires dans lesquelles on a étudié la notion de croyance erronée et appliqué le critère du caractère raisonnable, on trouve *Flannery,* précité, *R. v. Bourke*[30] et *Sperotto and Salvietti,* précité. Des arrêts au contraire sont: *Thorne v. Motor Trade Association*[31], *Wilson v. Inyang*[32], *R. v. Smith*[33], *R. v. Brown*[34]. Les auteurs ont rejeté presque à l'unanimité l'exigence supplémentaire du «caractère raisonnable»: Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part,* par. 70, à la p. 201): [TRADUCTION] «L'idée qu'une erreur, pour constituer un moyen de défense, doit être fondée sur des motifs raisonnables, bien que sous-jacente à certaines décisions, n'est certainement pas exacte comme principe général»; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law,* à la p. 100; *Howard,* précité, aux pp. 153 et 154; Smith & Hogan, *Criminal Law* (4e éd.) à la p. 182; *Russell on Crime* (12e éd.) à la p. 76; J.C. Smith (1975), *Crim. L.R.* 41; Morris and Turner, 2 *U. of Queensland L.J.* 247.

Au Canada, cette Cour a déjà rejeté la règle énoncée dans l'arrêt *Tolson* au profit du critère de la croyance sincère. A moins que cette Cour ne désire juger le contraire de l'arrêt *Beaver c. La Reine*[35], il est difficile de voir comment l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan* peut disposer de ce pourvoi.

Dans *R. c. Rees*[36], il s'agissait de savoir si la *mens rea* était nécessaire à l'infraction qui consiste à contribuer sciemment ou de propos délibérés à la délinquance juvénile. Le juge Cartwright a cité le critère énoncé dans l'arrêt *Tolson* puis a décidé ce qui suit:

[30] (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 793.
[31] [1937] A.C. 797.
[32] [1951] 2 All E.R. 237.
[33] [1974] 1 All E.R. 632.
[34] (1975), 10 S.A.S.R. 139.
[35] [1957] R.C.S. 531.
[36] [1956] R.C.S. 640.

The first of the statements of Stephen J., quoted above should now be read in the light of the judgment of Lord Goddard C.J., concurred in by Lynskey and Devlin J.J. in *Wilson v. Inyang* which, in my opinion, rightly decides that the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and that the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining such essential question. (at p. 651)

[TRADUCTION] . . . la première des conclusions susmentionnées du juge Stephen doit être maintenant considérée à la lumière du jugement rendu par le juge en chef lord Goddard, auquel ont souscrit les juges Lynskey et Devlin, dans *Wilson v. Inyang*. Ce jugement a conclu, fort justement à mon avis, que la question essentielle est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et que l'existence ou l'absence de motifs raisonnables constitue une preuve pertinente qu'il appartient au juge du fond d'apprécier lorsqu'il tranche cette question essentielle. (à la p. 651)

One year later, in *Beaver v. The Queen, supra*, a narcotics case, the opinion of Mr. Justice Cartwright was accepted by a majority of the Court. He adopted the paragraph quoted above from *Rees*. *Beaver* has since been regarded as an authoritative contribution to the law as to mental element, and mistaken belief, in true crimes.

Un an plus tard, dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*, précité, une affaire de stupéfiants, l'opinion du juge Cartwright a été acceptée par cette Cour, à la majorité. Il a adopté l'alinéa précité de l'arrêt *Rees*. L'arrêt *Beaver* est considéré depuis comme faisant autorité en droit sur la question de l'élément mental, et de la croyance erronée, dans les infractions criminelles réelles.

It is not clear how one can properly relate reasonableness (an element in offences of negligence) to rape (a "true crime" and not an offence of negligence). To do so, one must, I think take the view that the *mens rea* goes only to the physical act of intercourse and not to non-consent, and acquittal comes only if the mistake is reasonable. This, upon the authorities, is not a correct view, the intent in rape being not merely to have intercourse, but to have it with a non-consenting woman. If the jury finds that mistake, whether reasonable or unreasonable, there should be no conviction. If, upon the entire record, there is evidence of mistake to cast a reasonable doubt upon the existence of a criminal mind, then the prosecution has failed to make its case. In an article by Professor Colin Howard (4 *U. of Queensland L.J.* 45), the following is offered:

On ne voit pas clairement comment l'on peut relier à bon droit le caractère raisonnable (un élément des infractions de négligence) au viol (une «infraction criminelle réelle» et non une infraction de négligence). Pour ce faire, il faut, à mon avis, considérer que la *mens rea* ne concerne que le rapport sexuel lui-même et non l'absence de consentement, et que l'acquittement est seulement possible si l'erreur est fondée sur des motifs raisonnables. Selon la jurisprudence, ce point de vue n'est pas juste car l'intention dans le viol n'est pas seulement celle d'avoir des rapports sexuels, mais de les avoir avec une femme qui n'y consent pas. Si le jury décide qu'il y a eu erreur à ce sujet, qu'elle soit fondée ou non, il devrait y avoir acquittement. Si, compte tenu de tout le dossier, il y a une preuve d'erreur qui jette un doute raisonnable sur l'existence d'une volonté criminelle, la poursuite a échoué. Dans un article de M. Colin Howard (4 *U. of Queensland L.J.*) 45), on lit:

To crimes of *mens rea*, or elements of a crime which requires *mens rea*, mistake of fact *simpliciter* is a defence; to crimes of negligence, or elements of an offence which requires only negligence, mistake of fact is a defence only if the mistake was in all the circumstances a reasonable one to make. (at p. 47)

[TRADUCTION] L'erreur de fait en soi constitue un moyen de défense dans le cas des crimes exigeant la *mens rea*, ou d'éléments d'un crime qui l'exige; l'erreur de fait ne constitue un moyen de défense dans le cas d'un crime de négligence, ou d'éléments d'une infraction qui exige seulement la négligence, que si l'erreur est fondée sur des motifs raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances. (à la p. 47)

The same analysis is expressed by Glanville Williams, *supra*, para. 71, at p. 202.

In *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, four Law Lords agreed that having accepted the mental element of knowledge as to consent, it is inconsistent to attach a standard of reasonableness to a defence of honest belief. As Lord Hailsham pointed out, the following two propositions are totally irreconcilable:

(i) each defendant must have intended to have sexual intercourse without her consent, not merely that he intended to have intercourse but that he intended to have intercourse without her consent;

(ii) it is necessary for any belief in the woman's consent to be a "reasonable belief" before the defendant is entitled to be acquitted.

The difference between the majority and minority decisions in *Morgan* turned upon the way in which each Law Lord perceived the *Tolson* precedent, as being a wide-ranging and well-established principle, or as expressing a narrow rule limited in effect to bigamy and the facts at hand.

Lambert J.A., in his dissenting judgment in the instant case reasoned, on his reading of *Leary* and *Morgan*, that a defence of honest belief in consent must be based on reasonable grounds. In his view, two law Lords in *Morgan* following *Tolson*, clearly required an honest belief to be held on reasonable grounds (Lord Simon and Lord Edmund-Davies). Two others, Lord Fraser and Lord Hailsham, invoked general principles to conclude that an honest belief in consent need not be reasonably held. The decision of the fifth judge, Lord Cross, turned on a distinction drawn between statutory and common law offences. Bigamy, the offence in question in *Tolson*, was a statutory offence. Rape is not. Therefore, the *Tolson* requirement that the mistake be reasonable does not apply to rape, a crime defined by common law. Were rape to be defined by statute, the defence would be available only if supported by reasonable grounds. Lambert J.A. held that if one adapted the decision of Lord Cross to s. 143 of the *Code*, the tables would be

Glanville Williams, précité, par. 71, à la p. 202, fait la même analyse.

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, quatre lords juges ont reconnu qu'ayant accepté l'élément mental de la connaissance au sujet du consentement, il est illogique d'assujettir un moyen de défense de croyance sincère au critère du caractère raisonnable. Comme l'a fait remarquer lord Hailsham, les deux propositions suivantes sont totalement inconciliables:

[TRADUCTION] (i) chaque défendeur doit avoir eu l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement, pas seulement d'avoir des rapports sexuels mais d'avoir des rapports sexuels sans son consentement;

(ii) toute croyance dans le consentement de la femme doit être une «croyance fondée sur des motifs raisonnables» pour que le défendeur ait droit d'être acquitté.

La différence entre l'opinion majoritaire et l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan* découle de la perception qu'avait chaque lord juge de l'arrêt antérieur *Tolson*: pour les uns il s'agissait d'un principe bien établi et de portée large, pour les autres d'une règle étroite, limitée à la bigamie et aux circonstances de l'affaire.

En l'espèce, dans son opinion dissidente en Cour d'appel, le juge Lambert a fondé son raisonnement sur son interprétation des arrêts *Leary* et *Morgan*, et conclu qu'un moyen de défense de croyance sincère au consentement devait se fonder sur des motifs raisonnables. A son avis, dans l'arrêt *Morgan* deux lords juges, suivant l'arrêt *Tolson*, ont clairement exigé qu'une croyance sincère se fonde sur des motifs raisonnables (lord Simon et lord Edmund-Davies). Deux autres lords, lord Fraser et lord Hailsham, ont invoqué des principes généraux pour conclure qu'une croyance sincère au consentement n'avait pas à se fonder sur des motifs raisonnables. La décision du cinquième juge, lord Cross, est fondée sur une distinction entre les infractions créées par la loi et celles de *common law*. La bigamie, l'infraction en cause dans l'arrêt *Tolson*, est une infraction créée par la loi. Le viol n'en est pas une. Par conséquent, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Tolson* que l'erreur doit être fondée sur des motifs raisonnables ne s'applique

turned, and a majority of the Lords would, for purposes of the *Criminal Code*, endorse the honest and reasonable test. If the distinction Lord Cross thought might be possible between statutory and common law offences would have the effect of giving a defence of unreasonable mistake to a person accused of a crime which, in express terms, imported *mens rea*, but would limit the defence to one of reasonable mistake to a person accused of a crime which imported *mens rea* only by implication, the justification for the distinction is not apparent. I am unable to see why the defence should be so limited. Rape is not a crime of strict or absolute liability. With respect, there is no compelling reason for extending to rape the misapprehension having its genesis in *Tolson*, and now endemic in English law, that makes bigamy a crime of negligence and would have a like effect if applied to statutory rape.

pas au viol, un crime défini par la *common law*. Si le viol devait être défini par un texte de loi, le moyen de défense ne pourrait être soulevé que s'il se fondait sur des motifs raisonnables. Le juge Lambert a conclu que, si l'on adaptait l'opinion de lord Cross à l'art. 143 du *Code*, la situation serait renversée, et une majorité des lords, aux fins du *Code criminel*, adopterait le critère du caractère sincère et raisonnable. Si la distinction que lord Cross croyait possible entre les infractions créées par la loi et celles de *common law*, a pour effet de permettre de plaider l'erreur fondée sur des motifs déraisonnables à une personne accusée d'un crime qui exige expressément la *mens rea*, mais limite la défense à l'erreur fondée sur des motifs raisonnables dans le cas d'une personne accusée d'un crime qui n'exige la *mens rea* qu'implicitement, cette distinction n'a pas de justification évidente. Je ne vois pas pourquoi il faudrait limiter ainsi ce moyen de défense. Le viol n'est pas un crime de responsabilité stricte ou absolue. Avec égards, il n'y a aucune raison fondamentale pour que l'on étende au viol la conception erronée née de l'arrêt *Tolson*, et aujourd'hui endémique en droit anglais, qui fait de la bigamie un crime de négligence et qui aurait le même effet si on l'appliquait au viol créé par la loi.

Mr. Justice Lambert recognized that while his conclusion was directed by precedent rather than logic, he also found it to be supported, in relation to rape, by policy and practical sense:

> Why should a woman who is sexually violated by (such) a man have to defend herself by screams or blows in order to indicate her lack of consent, or have to consent through fear, for a charge of rape to be sustained? Surely a firm oral protest, sufficient to deny any reasonable grounds for belief in consent, should be a sufficient foundation in these circumstances for a charge of rape.

Le juge Lambert a reconnu que bien que sa conclusion soit dictée par la jurisprudence plutôt que par la logique, elle s'appuie également, en ce qui concerne le viol, sur le sens pratique et sur les principes généraux:

> [TRADUCTION] Pourquoi une femme attaquée sexuellement par (cet) homme devrait-elle, pour que l'accusation de viol puisse être prouvée, avoir à se défendre par des hurlements ou par des coups pour indiquer son absence de consentement, ou avoir à consentir par crainte? Une ferme protestation verbale, suffisante pour dissiper tout motif raisonnable de croire au consentement, devrait suffire dans ces circonstances sur une accusation de viol.

I am not unaware of the policy considerations advanced in support of the view that if mistake is to afford a defence to a charge of rape, it should, at the very least, be one a reasonable man might make in the circumstances. There is justifiable concern over the position of the woman who alleges she has been subjected to a non-consensual

Je suis conscient des arguments de principe à l'appui de l'opinion que si l'erreur doit constituer un moyen de défense à une accusation de viol, il devrait, à tout le moins, s'agir d'une erreur qu'un homme raisonnable pourrait commettre en pareilles circonstances. On s'inquiète à bon droit de la situation de la femme qui allègue avoir été con-

sexual act; fear is expressed that subjective orthodoxy should not enable her alleged assailant to escape accountability by advancing some cock-and-bull story. The usual response of persons accused of rape is—"she consented". Are such persons now to be acquitted, simply by saying: "even if she did not consent, I believed she consented"? The concern is legitimate and real. It must, however, be placed in the balance with other relevant considerations. First, cases in which mistake can be advanced in answer to a charge of rape must be few in number. People do not normally commit rape *per incuriam*. An evidential case must exist to support the plea. Second, if the woman in her own mind withholds consent, but her conduct and other circumstances lend credence to belief on the part of the accused that she was consenting, it may be that it is unjust to convict. I do not think it will do to say that in those circumstances she, in fact, consented. In fact, she did not, and it would be open to a jury to so find. Third, it is unfair to the jury, and to the accused, to speak in terms of two beliefs, one entertained by the accused, the other by a reasonable man, and to ask the jury to ignore an actual belief in favour of an attributed belief. The mind with which the jury is concerned is that of the accused. By importing a standard external to the accused, there is created an incompatible mix of subjective and objective factors. If an honest lack of knowledge is shown, then the subjective element of the offence is not proved. The following passage from the Heilbron Report is, however, apposite:

> 66. *Morgan*'s case did not decide, as some critics seem to have thought, that an accused person was entitled to be acquitted, however ridiculous his story might be, nor did it decide that the reasonableness or unreasonableness of his belief was irrelevant. Furthermore it is a mistaken assumption that a man is entitled to be acquitted simply because he asserts this belief, without more.

Perpetuation of fictions does little for the jury system or the integrity of criminal justice. The ongoing debate in the courts and learned journals as to whether mistake must be reasonable is conceptually important in the orderly development of

trainte à des rapports sexuels sans y consentir; on exprime la crainte que l'orthodoxie subjective ne permette pas à son présumé assaillant de s'exonérer en avançant une histoire à dormir debout. La réponse habituelle des personnes accusées de viol est— «elle a consenti». Devra-t-on désormais acquitter ces personnes, simplement parce qu'elles disent: «même si elle n'a pas consenti, je croyais qu'elle consentait»? Cette inquiétude est justifiée et légitime. Il faut cependant la soupeser par rapport à d'autres considérations pertinentes. Premièrement, les cas où l'on peut invoquer l'erreur à l'encontre d'une accusation de viol sont peu nombreux. On ne commet habituellement pas un viol par incurie. Le plaidoyer doit s'appuyer sur une preuve. Deuxièmement, si la femme ne consent pas intérieurement, mais que son comportement et d'autres circonstances rendent plausible la croyance de l'accusé à son consentement, il peut être injuste de le déclarer coupable. Je ne crois pas qu'il suffise de dire que, dans ces circonstances, elle a, en réalité, consenti. En réalité elle n'a pas consenti, et un jury pourrait conclure en ce sens. Troisièmement il est injuste envers le jury, et envers l'accusé, de parler de deux croyances, l'une, celle de l'accusé, l'autre, celle d'un homme raisonnable, et de demander au jury de faire abstraction de la croyance réelle au profit d'une croyance fictive. C'est l'esprit de l'accusé que le jury doit sonder. L'introduction d'une norme extérieure à l'accusé crée un mélange incompatible de facteurs objectifs et subjectifs. Si l'on démontre une ignorance de bonne foi, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas établi. Cependant, le passage suivant du rapport Heilbron est à propos:

> [TRADUCTION] 66. L'arrêt *Morgan* n'a pas décidé, comme certains critiques semblent l'avoir cru, qu'un accusé avait le droit d'être acquitté, quelque invraisemblable que puisse être sa version, ni que le caractère raisonnable ou non de sa croyance n'était pas pertinent. De plus, il est erroné de prétendre qu'un homme a le droit d'être acquitté simplement parce qu'il affirme avoir eu cette croyance, sans plus.

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétration de fictions. Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan

the criminal law, but in my view, practically unimportant because the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

Canadian juries, in my experience, display a high degree of common sense, and an uncanny ability to distinguish between the genuine and the specious.

The words of Dixon J. bear repeating:

> ... a lack of confidence in the ability of a tribunal correctly to estimate evidence of states of mind and the like can never be sufficient ground for excluding from inquiry the most fundamental element in a rational and humane criminal code. (*Thomas v. The King, supra*, at p. 309)

In *Textbook of Criminal Law*, at p. 102, Professor Glanville Williams states the view, with which I am in agreement, that it is proper for the trial judge to tell the jury "that if they think the alleged belief was unreasonable, that may be one factor leading them to conclude that it was not really held; but they must look at the facts as a whole". It will be a rare day when a jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief. If the claim of mistake does not raise a reasonable doubt as to guilt, and all other elements of the crime have been proved, then the trier of fact will not give effect to the defence. But, if there is any evidence that there was such an honest belief, regardless of whether it is reasonable, the jury must be entrusted with the task of assessing the credibility of the plea.

conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

Les jurys canadiens, d'après mon expérience, font montre de beaucoup de bon sens et ont une capacité étonnante de distinguer ce qui est vrai de ce qui est spécieux.

Les paroles du juge Dixon méritent d'être répétées:

> [TRADUCTION] ... une méfiance à l'égard de la capacité d'un tribunal d'évaluer correctement la preuve relative à l'état d'esprit et aux éléments semblables ne peut jamais être un motif suffisant pour soustraire à l'enquête l'élément le plus fondamental dans un code criminel rationnel et humain. (*Thomas v. The King*, précité, à la p. 309)

Dans son *Textbook of Criminal Law*, à la p. 102, M. Glanville Williams se dit d'avis, et je suis d'accord avec lui, que le juge du procès peut à bon droit dire au jury [TRADUCTION] «que s'il estime que la croyance alléguée est déraisonnable, ce peut être un facteur qui l'amène à conclure qu'elle n'existait pas vraiment; mais il doit considérer les faits dans leur ensemble». Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable. Si l'erreur alléguée ne soulève pas un doute raisonnable quant à la culpabilité, et si tous les autres éléments de l'infraction ont été prouvés, le juge du fond ne donnera pas effet au moyen de défense. Mais s'il y a une preuve de l'existence de pareille croyance sincère, qu'elle se fonde ou non sur des motifs raisonnables, le jury doit se voir confier la tâche d'évaluer le crédit qu'il faut accorder au plaidoyer.

To apply the reasonable standard in this appeal, the Court, in my view, would have to: (a) accept the minority decision in *Morgan*; (b) overrule *Beaver* or find a means of distinguishing the offence of rape; and (c) defy accepted and sound principles of criminal law.

Pour appliquer à ce pourvoi le critère du caractère raisonnable, la Cour, à mon avis, aurait à: a) accepter l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan*; b) juger le contraire de l'arrêt *Beaver* ou trouver un moyen d'établir une distinction dans le cas du viol; et c) braver des principes reconnus et fondés du droit criminel.

IV

The Plea and the Evidence

I come now to what is perhaps the most difficult part of this case, namely, whether there was an evidential base sufficient to require the trial judge to place before the jury the defence of mistaken belief in consent. The trial judge and two judges of the Court of Appeal concluded no such base existed. Chief Justice Farris, in dismissing the appeal, was strongly influenced by the fact that "at no time did the appellant suggest in his evidence that while there was resistance on the part of the complainant nonetheless he honestly believed that she was in fact consenting. He did testify that there was resistance after acts of bondage but from then on there was no intercourse". With respect, it is not necessary that an accused specifically plead mistake. The issue to which an accused's state of mind is relevant is *mens rea* and that issue is always before the jury, the onus being on the prosecution. Nor is a defence of honest belief necessarily inconsistent with a defence of consent. In raising the latter, an accused is challenging the factual aspect of the offence. Did the complainant or did she not consent? If she did, the *actus reus* was not committed. The defence of honest belief is different in nature, for it rests upon an accused's subjective perception of that factual situation.

In relying upon consent as a defence, the appellant invites the trier of fact to find in all the circumstances that she did consent (*i.e.* to reject her testimony). In relying on honest belief, he is suggesting that even if she did not consent, he nonetheless proceeded in the mistaken but honest belief that she had been willing. Though the offence was committed, he is not responsible, for he lacked the requisite intention. In most cases, it

IV

Le plaidoyer et la preuve

J'en viens maintenant à ce qui est peut-être la partie la plus difficile de cette affaire, soit la question de savoir s'il y avait une preuve suffisante pour obliger le juge du procès à soumettre au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Le juge du procès et deux juges de la Cour d'appel ont conclu par la négative. Le juge en chef Farris, en rejetant l'appel, a été fortement influencé par le fait que [TRADUCTION] «à aucun moment l'appelant a-t-il indiqué dans son témoignage que, malgré la résistance de la plaignante, il a sincèrement cru qu'en réalité elle consentait. Il a témoigné qu'elle a résisté après les actes d'asservissement, mais il n'y a pas eu de rapports sexuels après.» Avec égards, il n'est pas nécessaire qu'un accusé plaide spécifiquement l'erreur. La question à laquelle l'état d'esprit de l'accusé est lié est celle de la *mens rea* et cette question relève toujours du jury, la poursuite ayant le fardeau de l'établir. Un moyen de défense de croyance sincère n'est pas non plus nécessairement incompatible avec un moyen de défense de consentement. L'accusé qui soulève ce dernier moyen conteste l'aspect factuel de l'infraction. La plaignante a-t-elle ou non consenti? Si oui, il n'y a pas eu d'*actus reus*. Le moyen de défense de croyance sincère est de nature différente, car il repose sur la perception subjective par l'accusé de cette situation de fait.

En invoquant le consentement comme moyen de défense, l'appelant demande au juge du fond de conclure, à partir de toutes les circonstances, que la plaignante a effectivement consenti (c.-à-d. de rejeter le témoignage de cette dernière). En invoquant une croyance sincère, il prétend que même si elle n'a pas consenti, il a néanmoins agi en croyant, erronément, mais sincèrement, qu'elle consentait. Bien que l'infraction ait été commise, il n'en est

is difficult to imagine that consent and honest belief can offer alternative defences. If there is no consent in fact, rare is the case in which a man will, nonetheless, believe that it was given. This, however, may be one such case.

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*[37], at p. 226. The Crown argues that the question of sufficiency of evidence is not one of law and, therefore, not properly before the Court. As stated in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*[38], at p. 890:

> The question of whether there is sufficient evidence to go to the jury, *i.e.* any evidence upon which a jury, properly instructed, could find the appellants guilty . . . is a question of law, which can found an appeal to this Court under s. 618(1)(*a*).

The evidence of the complainant is that of no consent, at any time, to any act of intercourse with the appellant. Her version of the incident is interspersed with assertions of screaming, fighting, reasoning and attempted escape. But even on the complainant's version there is much common ground with the appellant's version which supports his defence of belief in consent. Moreover, the appellant testified. There was ample evidence in his testimony which points to circumstances, from which arise an inference of willingness or consent, at least for those activities which preceded the so-called "bondage". It is not proper, in my view, to look at the two pieces of testimony that are in conflict, to conclude that the only issue is one of credibility and that a blurred perception, on the part of the appellant, is inconceivable when cast alongside the complainant's evidence. That is a matter for the jury to decide. The appellant tells of a convivial afternoon (as to that there is no dispute), minimal resistance through episodes of

[37] [1953] 1 S.C.R. 220.
[38] [1979] 2 S.C.R. 881.

pas responsable, car il n'avait pas l'intention nécessaire. Dans la plupart des cas, il est difficile d'imaginer que le consentement et la croyance sincère puissent constituer des moyens de défense subsidiaires. S'il n'y a pas véritablement consentement, il est rare que l'homme croira malgré tout qu'il y a eu consentement. Il se peut cependant que ce cas-ci en soit un.

S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*[37], à la p. 226. Le ministère public fait valoir que la question du caractère suffisant de la preuve n'est pas une question de droit et, par conséquent, qu'elle ne relève pas de la compétence de la Cour. Comme il a été dit dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*[38], à la p. 890:

> La question de savoir si la preuve est suffisante pour qu'on la soumette au jury, c'est-à-dire s'il existe quelque preuve qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer les appelants coupables . . . est une question de droit qui peut faire l'ojet d'un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)*a*).

La plaignante a témoigné n'avoir consenti à aucun moment, à aucune forme de rapports sexuels avec l'appelant. Sa version de l'incident est émaillée d'affirmations qu'elle a hurlé, s'est débattue, a tenté de le raisonner et de s'échapper. Mais même la version de la plaignante a beaucoup en commun avec celle de l'appelant à l'appui du moyen de défense de croyance au consentement qu'il invoque. De plus, l'appelant a témoigné. Son témoignage tend à établir plusieurs faits dont on peut déduire l'acceptation ou le consentement, du moins en ce qui concerne ce qui s'est passé avant ce qu'on a appelé l'"asservissement". Il est incorrect, à mon avis, d'examiner ces deux témoignages opposés et de conclure que la seule question est celle de la crédibilité et qu'une perception floue de la part de l'appelant est inconcevable compte tenu du témoignage de la plaignante. C'est là une question qui relève du jury. L'appelant a décrit une joyeuse après-midi (ce qui n'est pas contesté), une résistance minimale aux épisodes de rapports

[37] [1953] 1 R.C.S. 220.
[38] [1979] 2 R.C.S. 881.

intercourse and, finally, hysteria with "bondage". If his version were accepted, the defence is two-fold: (a) actual consent; and (b) belief in consent. Though the jury found, as a fact, there was no consent, the further finding that the appellant may, nonetheless, have been mistaken was not left open.

Leaving aside the possibility of post-bondage intercourse, the jury could have reached any one of three alternative conclusions: (1) the appellant was telling the truth and the complainant did consent; or (2) he was not telling the truth, she did not consent and he was aware of that fact or reckless to it; or (3) though he did not plead mistake, he believed she was consenting, notwithstanding token resistance. His defence of consent is rejected and that of honest belief accepted. I think there was sufficient evidence to put that third alternative to the jury.

Because the case turns on evidential matters, detailed reference thereto is unavoidable. The two met at lunch to discuss the sale of the appellant's residence. The complainant was his agent in the matter. Throughout the afternoon, until approximately 4:00 p.m., a considerable amount of alcohol was imbided by both parties and by friends who joined the table. At one point, the complainant left to ensure the time limit for parking her car had not expired and was escorted by the appellant in this task. The two stopped to visit a friend of the appellant who owned a dress shop. The appellant told of casual affectionate gestures he had initiated. His evidence was supported by the owner of the dress shop—"it look to me like she hand it to him on a platter"—and by the witness Oswald—" . . . it was quite obvious to me that he was courting her . . . on several occasions I noticed he kissed her hand". The appellant and the complainant returned to the restaurant briefly and then departed for appellant's home, with the appellant at the wheel of the complainant's car, where it was intended they would complete the business discussion.

She testified that, upon arrival at his house, the appellant closed the door and pushed her down the

sexuels et, enfin, l'hystérie au moment de l'"asservissement". Si l'on accepte sa version, son moyen de défense est double: a) véritable consentement et b) croyance au consentement. Bien que le jury ait conclu en tant que fait qu'il n'y avait pas eu de véritable consentement, on ne lui a pas laissé la possibilité de conclure que l'appelant, néanmoins, a pu se tromper.

Laissant de côté la possibilité de rapports sexuels après l'asservissement, le jury aurait pu arriver à l'une de ces trois conclusions: (1) l'appelant dit la vérité et la plaignante a consenti; ou (2) il ment, elle n'a pas consenti et il le savait ou ne s'en souciait pas; ou (3) bien qu'il n'ait pas plaidé l'erreur, il a cru qu'elle consentait, malgré sa résistance symbolique. Son moyen de défense de consentement est rejeté et celui de croyance sincère accueilli. Je suis d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour soumettre cette troisième possibilité au jury.

Puisque l'affaire dépend de l'ensemble de la preuve, il est inévitable de s'y référer en détail. Les deux parties se sont rencontrées au déjeuner pour discuter de la vente de la résidence de l'appelant. La plaignante était son mandataire dans cette affaire. Au cours de l'après-midi, jusque vers 16h, les deux parties, de même que des amis qui se sont joints à eux, ont absorbé une quantité considérable de boissons alcooliques. A un moment, la plaignante s'est absentée pour s'assurer que le délai de stationnement de sa voiture n'était pas écoulé et l'appelant l'a accompagnée. Ils se sont arrêtés chez une amie de l'appelant qui est propriétaire d'une boutique de vêtements. L'appelant a parlé de ses gestes affectueux et lestes. La propriétaire de la boutique a confirmé son témoignage—[TRADUCTION] "il m'a semblé qu'elle le lui offrait sur un plateau"—et par le témoin Oswald—[TRADUCTION]" . . . il me semblait très évident qu'il lui faisait la cour . . . à plusieurs reprises j'ai remarqué qu'il lui baisait la main." L'appelant et la plaignante sont retournés brièvement au restaurant puis sont partis pour la maison de l'appelant, où la discussion d'affaires devait se poursuivre; il a pris le volant de la voiture de la plaignante.

Elle a témoigné qu'à leur arrivée à la maison, l'appelant, a fermé la porte et l'a poussée dans le

hall. She was resisting him, in the sense of trying to reason with him asking him why he was pushing her. He said he was going to break her. In the bedroom, while he took her blouse off, she reasoned with him. When he succeeded in removing it, she knew he was going to rape her. She tried to escape, but he threw her down on the bed and she became totally hysterical. She screamed at the top of her lungs. He gestured with his upraised arm, that she was to undo his cuff links. When she refused, he threatened her with his fist and she began to scream. He removed her underclothing and skirt in one tug. When he suggested and commenced acts of oral gratification, she refused and he did not continue. This is significant. It is an area of common ground. If the appellant wanted oral sex, but discontinued upon perceiving her resistance, why did he proceed to acts of intercourse if her resistance was also made known in that regard? This reflects not only on her credibility, but more importantly, on his perception of that which she was resisting and that to which she was consenting. Then, she said, he raped her. After the first act, there was a conversational session. She pleaded with him to let her go. She tried to escape and, on each occasion, he would catch her at the door, push her back down, and rape her again. On three occasions she tried to escape and, on each, he raped her. After she had been there about an hour, he became angry and threw her off the end of the bed. He took her right hand, wrenched it hard and tightly, and tied both hands tightly behind her back with a bathrobe cord. He threw her face down on the bed and raped her from behind. She was trying to talk and reason with him. At some point, he gagged her with a bow tie. She was tied for an hour before being gagged and it was an hour before she got away. When he left the room to get cigarettes, she ran out the front door and went down the lane screaming.

The tone of the appellant's evidence differs at the outset, with his description of a pleasant afternoon and affectionate gestures. On arrival at his house, he repaired to the bathroom. When he returned, they sat on the chesterfield and he kissed

vestibule. Elle lui a résisté, en ce sens qu'elle tentait de le raisonner en lui demandant pourquoi il la poussait. Il a dit qu'il allait la briser. Dans la chambre à coucher, pendant qu'il lui enlevait son chemisier, elle a tenté de le raisonner. Une fois qu'il eut réussi à le lui enlever, elle a su qu'il allait la violer. Elle a tenté de s'échapper, mais il l'a jetée sur le lit et elle est devenue complètement hystérique. Elle hurlait du plus fort qu'elle pouvait. Il lui a fait signe, le bras en l'air de défaire ses boutons de manchette. Lorsqu'elle a refusé, il l'a menacée du poing et elle a commencé à hurler. Il lui a enlevé ses sous-vêtements et sa jupe d'un seul coup. Lorsqu'il a proposé de lui donner du plaisir oralement et a commencé à le faire, elle a refusé et il a cessé. C'est significatif. On s'entend sur ce point. Si l'appelant désirait des rapports sexuels oraux, mais a cessé quand il a perçu sa résistance, pourquoi est-il passé à des rapports sexuels si elle a aussi manifesté sa résistance à cet égard? Cela affecte non seulement la crédibilité de la plaignante, mais, ce qui est plus important, la perception par l'appelant de ce à quoi elle résistait et de ce à quoi elle consentait. Puis, a-t-elle dit, il l'a violée. Après la première fois, ils ont parlé. Elle l'a supplié de la laisser partir. Elle a tenté de s'échapper et, chaque fois, il l'a rattrapée à la porte, l'a rejetée sur le lit et l'a violée de nouveau. Elle a tenté de s'échapper trois fois et, chaque fois, il l'a violée. Une heure environ s'est écoulée et il s'est fâché et l'a jetée en bas du lit. Il lui a pris la main droite, l'a tordue violemment en la serrant, lui a attaché les deux mains étroitement dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Il l'a jetée à plat ventre sur le lit et l'a violée par en arrière. Elle a essayé de lui parler et de le raisonner. A un moment, il l'a bâillonnée avec un nœud papillon. Elle était attachée depuis une heure lorsqu'elle a été bâillonnée et une heure s'est écoulée avant qu'elle ne s'échappe. Lorsqu'il a quitté la chambre pour aller chercher des cigarettes, elle est sortie en courant par la porte avant et a descendu l'allée en hurlant.

Dès le début, le témoignage de l'appelant diffère, avec sa description d'un après-midi agréable et de gestes affectueux. A l'arrivée chez-lui, il s'est rendu à la salle de bain. Au retour, ils se sont assis sur le canapé et il l'a embrassée. Elle a enlevé son

her. She took off her necklace and put it on the coffee table. They kissed and when she expressed concern about her blouse, he led her to the bedroom. As he took off her blouse, she asked, "George, what are you doing?" He hung up her blouse in the closet. She did not resist removal of the blouse. She then lifted herself while he removed her skirt, folding and placing it at the foot of the bed. She did not resist. She "sort of refused" to undo his cuff links. She lifted her arms so that he could remove her slip. He removed other items of her clothing and she asked, "What are you doing?", or "Why are you doing this?" He took off his own clothes, put his tie on the tie rack, and piled his underwear and socks on the floor. He suggested and began to perform acts of oral sex. She put up her hands and stopped him. When she resisted he stopped, for he perceived a definite reluctance on her part. He suggested they have intercourse. That act proceeded and proved frustrating to both parties. He left the room and returned. She also made a trip to the bathroom. The two talked for some time. She said she "really had to go", but made no attempt to go toward the door. A second act of intercourse was carried out, and then she agreed to a third one in a different position, from behind. Neither party was satisfied and so he suggested something different. He tied a bow tie loosely around her neck, and she asked: What was he doing? Why was he doing it? She did not protest or fight. He told her he was symbolically putting her into "bondage". After the bow tie was in place, he tied the sash around her wrists. About then, while his attention was diverted, she pitched forward off the bed, and, when he lifted her back onto it, her demeanour completely changed. All along, she had only "mildly protested" when he had done anything and he thought she "might have enjoyed it". Now she claimed he was trying to break her. She was screaming hysterically. He was dumbfounded. He backed off and went to get a cigarette. When he returned, she had gone. He did not have intercourse with her after tying her hands. She had not resisted up until that time, except to the acts of oral sex. It is not disputed by the appellant that, with "bondage"

collier et l'a mis sur la table basse. Ils se sont embrassés et lorsqu'elle a manifesté de l'inquiétude pour son chemisier, il l'a amenée à la chambre à coucher. Comme il lui enlevait son chemisier, elle a dit, [TRADUCTION] "George, que faites-vous?" Il a suspendu le chemisier dans le placard. Elle n'a pas résisté quand il le lui a enlevé. Elle s'est ensuite soulevée pendant qu'il lui enlevait sa jupe, la pliait et la déposait au pied du lit. Elle n'a pas résisté. Elle a [TRADUCTION] "plus ou moins refusé" de défaire ses boutons de manchette. Elle a levé les bras pour lui permettre de lui enlever sa combinaison. Il lui a enlevé d'autres vêtements et elle lui a demandé [TRADUCTION] "Que faites-vous?" ou "Pourquoi faites-vous cela?" Il s'est déshabillé, a suspendu sa cravate au support à cravates, et a empilé ses sous-vêtements et ses bas sur le sol. Il a proposé et entrepris des rapports sexuels oraux. Elle l'a repoussé des mains et l'a arrêté. Devant sa résistance, il a arrêté, parce qu'il a perçu une réelle réticence de sa part. Il a proposé des rapports sexuels. Ceux-ci ont eu lieu et se sont avérés frustrants pour les deux parties. Il a quitté la chambre puis est revenu. Elle est également allée à la salle de bain. Ils ont parlé ensemble un moment. Elle a dit qu'elle [TRADUCTION] "devait vraiment partir", mais n'a pas tenté de se rendre à la porte. Des seconds rapports sexuels ont eu lieu, puis elle a accepté une troisième fois, dans une position différente, par l'arrière. Ni l'une ni l'autre partie n'était satisfaite, aussi a-t-il proposé quelque chose de différent. Il lui a attaché lâchement un nœud papillon autour du cou et elle a demandé [TRADUCTION] "Que faites-vous? Pourquoi faites-vous cela?" Elle n'a pas protesté et ne s'est pas débattue. Il lui a dit qu'il "l'asservissait" symboliquement. Une fois le nœud papillon en place, il lui a attaché la ceinture autour des poignets. A peu près à ce moment, alors qu'il avait un instant de distraction, elle s'est jetée en bas du lit et, lorsqu'il l'a remise sur le lit, son attitude avait complètement changé. Depuis le début, elle n'avait que [TRADUCTION] "faiblement protesté" à tout ce qu'il faisait et il croyait qu' [TRADUCTION] "elle aimait peut-être cela". Elle prétendait maintenant qu'il essayait de la briser. Elle hurlait de façon hystérique. Il était abasourdi. Il s'est éloigné et est allé chercher une cigarette. Lorsqu'il est revenu,

and the fall from the bed, the complainant became highly distraught and hysterical.

Two excerpts from the testimony of the appellant bear on the point under consideration:

Q. ... when you were asked by the police later on "did she object to going to bed" and you said "not violently" ...

A. What I meant by that was there was no violence, there was some token submission, there was oral resistance, there was oral resistance.

Q. By oral resistance she said she did not want to make love to you?

A. No, she did not, when I was taking off her clothes she was saying things like, "George what are you doing"?

. . .

Q. I put it to you she was hysterical and she was screaming and she was crying.

A. She was hysterical and she was screaming and she was crying, correct.

Q. And I put it to you that that was prior to the time at which you tied her.

A. That was not.

The evidence of the appellant's conversation with the police officer is of importance:

Question: Who tied her hands?
Answer: I did.
Question: Why?
Answer: Part of the act of intercourse.
Question: Did she mind?
Answer: She didn't seem to.
Question: When did she start minding?
Answer: After she started talking about her childhood, her mother, her father, and then I excused myself and got up.
Question: Did you have intercourse?
Answer: What do you mean, penetration?
Question: Yes.
Answer: Penetration, yes; intercourse, no.
Question: Where did you go when you got up?

elle était partie. Il n'a pas eu de rapports sexuels avec elle après lui avoir attaché les mains. Elle n'avait pas résisté jusqu'à ce moment, sauf aux rapports sexuels oraux. L'appelant ne conteste pas qu'après l'asservissement et la chute en bas du lit, la plaignante est devenue totalement affolée et hystérique.

Deux extraits du témoignage de l'appelant portent sur ce point:

[TRADUCTION] Q. ... lorsque la police vous a plus tard demandé "s'est-elle opposée à aller au lit" et vous avez répondu "pas violemment" ...

R. Ce que je voulais dire par là c'est qu'il n'y a pas eu de violence, il y avait une certaine soumission, il y avait une résistance verbale, il y avait une résistance verbale.

Q. Par résistance verbale, elle a dit qu'elle ne voulait pas faire l'amour avec vous?

R. Non, elle n'a pas dit cela, pendant que je la déshabillais elle disait des choses comme "George, que faites-vous"?

. . .

Q. Je vous dis qu'elle était hystérique, qu'elle hurlait et pleurait.

R. Elle était hystérique, hurlait et pleurait, exact.

Q. Et je vous dis que cela s'est produit avant que vous ne l'attachiez.

R. C'est faux.

La preuve de la conversation de l'appelant avec le policier est importante:

[TRADUCTION]

Question: Qui lui a attaché les mains?
Réponse: C'est moi.
Question: Pourquoi?
Réponse: Cela faisait partie des rapports sexuels.
Question: Cela lui a-t-il rien fait?
Réponse: Apparemment non.
Question: Quand cela a-t-il commencé à l'ennuyer?
Réponse: Après qu'elle eut commencé à parler de son enfance, de sa mère, de son père, et alors je me suis excusé et levé.
Question: Avez-vous eu des rapports sexuels?
Réponse: Que voulez-vous dire, pénétration?
Question: Oui.
Réponse: Pénétration, oui; rapports sexuels, non.
Question: Où êtes-vous allé lorsque vous vous êtes levé?

Answer: To get a cigarette. She seemed to have a lot of trouble and I didn't want to screw her up any more than she was.

Question: Did she object to going to bed?

Answer: Not violently.

Question: You mean token resistance?

Answer: Yes. No I really couldn't say, she really didn't resist very much.

There is circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent: (1) Her necklace and car keys were found in the living room. (2) She confirmed his testimony that her blouse was neatly hung in the clothes closet. (3) Other items of folded clothing were found at the foot of the bed. (4) None of her clothes were damaged in the slightest way. (5) She was in the house for a number of hours. (6) By her version, when she entered the house the appellant said he was going to break her. She made no attempt to leave. (7) She did not leave while he undressed. (8) There was no evidence of struggle, and (9) She suffered no physical injuries, aside from three scratches.

The Heilbron Report contains the following observations which seem pertinent to the case at bar. The crime of rape involves an act—sexual intercourse—which is not, in itself, either criminal or unlawful, and can, indeed, be both desirable and pleasurable; whether it is criminal depends on complex considerations, since the mental states of both parties and the influence of each upon the other, as well as their physical interaction, have to be considered and are sometimes difficult to interpret—all the more so, since normally the act takes place in private; there can be many ambiguous situations in sexual relationships; hence, however precisely the law may be stated, it cannot always adequately resolve these problems; in the first place, there may well be circumstances where each party interprets the situation differently, and it may be quite impossible to determine with any confidence which interpretation is right.

Toy J. gave a full, fair and accurate summary of the testimony by the complainant and appellant. There can be no criticism of the instructions in this respect. He did not, however, charge the jury on

Réponse: Chercher une cigarette. Elle semblait avoir beaucoup de problèmes et je ne voulais pas la bousiller plus qu'elle ne l'était.

Question: S'est-elle opposée à aller au lit?

Réponse: Pas violemment.

Question: Vous voulez dire résistance symbolique?

Réponse: Oui. Non je ne pourrais pas vraiment dire, elle n'a pas résisté beaucoup.

Il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement: (1) Le collier et les clés de sa voiture ont été découverts au salon. (2) Elle a confirmé le témoignage de l'appelant que le chemisier a été soigneusement suspendu dans le placard à vêtements. (3) D'autres vêtements pliés ont été trouvés au pied du lit. (4) Aucun de ses vêtements n'a été le moindrement endommagé. (5) Elle est restée dans la maison plusieurs heures. (6) Selon sa version, lorsqu'elle est entrée dans la maison, l'appelant a dit qu'il allait la briser. Elle n'a pas tenté de s'en aller. (7) Elle n'est pas partie pendant qu'il se déshabillait. (8) Il n'y a aucune preuve d'un combat, et (9) elle n'a subi aucune blessure, sauf trois égratignures.

Le rapport Heilbron contient les remarques suivantes qui semblent pertinentes en l'espèce. Le viol implique un acte,—des rapports sexuels—qui, en soi, n'est ni criminel ni illégal et qui peut, par ailleurs, être à la fois désirable et agréable; son caractère criminel dépend de considérations complexes, car il faut tenir compte de l'état d'esprit des deux parties et de l'influence de l'une sur l'autre, de même que de leur interaction physique, et c'est parfois difficile à interpréter—d'autant plus qu'habituellement l'acte se déroule en privé; il peut se présenter de nombreuses situations ambiguës dans les relations sexuelles; par conséquent, quelle que soit la précision des termes de la loi, elle ne peut pas toujours résoudre ces problèmes adéquatement; en premier lieu, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles les parties interprètent la situation différemment, et il peut être impossible de décider avec certitude quelle interprétation est la bonne.

Le juge Toy a donné un résumé complet, précis et juste des témoignages de la plaignante et de l'appelant. On ne peut critiquer ses directives à cet égard. Cependant, il n'a pas donné au jury de

the defence of mistaken belief, as he earlier ruled there was not "in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to this jury".

In my view, with respect, the judge erred in failing to instruct the jury (a) that as to pre-bondage intercourse, the issues were consent and belief in consent; and (b) that as to post-bondage intercourse, the issue was whether an act of intercourse occurred or not. If the answer to (b) was negative, a conviction could not be founded upon the post-bondage period. If the answer was in the affirmative, a conviction would almost, of necessity, follow, because there was admittedly no consent or belief in consent after the "bondage".

That the case gave the jury difficulty is clear from the fact that the charge was delivered about noon, on a Friday, and the verdict was not rendered until about 5:00 p.m. on Saturday.

I am mindful of the comment of Mr. Justice Pigeon in *Leary*, that consideration should be given to the plight of a complainant, who should not be subjected to the humiliation of having to testify again, unless justice makes it imperative. The possibility of a mistaken belief in consent in the pre-bondage phase was an issue that should have been placed before the jury: the judge's failure to do so makes it imperative, in my opinion, in the interests of justice, that there be a new trial. It was open to the jury to find only token resistance prior to the "bondage" incident, which the appellant may not have perceived as a withholding of consent. The accused was convicted of that which, perhaps, he did not intend to do had he known of no consent. It does not follow that, by simply disbelieving the appellant on consent, in fact, the jury thereby found that there was no belief in consent, and that the appellant could not reasonably have believed in consent.

directives sur le moyen de défense de croyance erronée, ayant décidé auparavant qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] "dans la preuve, de faits suffisants pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait."

A mon avis, avec égards, le juge a commis une erreur en omettant de donner au jury des directives portant a) qu'en ce qui concerne les rapports sexuels avant l'asservissement, les questions en litige étaient celles du consentement et de la croyance au consentement; et b) qu'en ce qui concerne les rapports sexuels après l'asservissement, la question en litige était celle de savoir s'il y avait eu rapports sexuels ou non. Si l'on répond à la question b) par la négative, on ne peut fonder une déclaration de culpabilité sur la période postérieure à l'asservissement. Si l'on répondait par l'affirmative, une déclaration de culpabilité en découlerait presque obligatoirement, parce qu'il est admis qu'il n'y avait ni consentement ni croyance au consentement après l'"asservissement".

Il est évident que le jury a éprouvé des difficultés puisque l'exposé a été fait vers midi, un vendredi, et que le verdict n'a été rendu que vers 17h le samedi.

Je n'oublie pas la remarque du juge Pigeon dans l'arrêt *Leary*, qu'il faut tenir compte du sort de la plaignante, qui ne devrait pas être soumise à nouveau à l'humiliation d'un autre témoignage à moins que la justice l'exige. La possibilité d'une croyance erronée au consentement pendant la phase précédant l'asservissement est une question qui aurait dû être soumise au jury: l'omission du juge de ce faire exige, à mon avis, que dans l'intérêt de la justice, il y ait un nouveau procès. Le jury aurait pu conclure à une résistance symbolique seulement avant l'"asservissement", que l'appelant a pu ne pas percevoir comme une absence de consentement. L'appelant a été déclaré coupable de ce qu'il n'avait peut-être pas l'intention de faire s'il avait su qu'elle ne consentait pas. Il ne s'ensuit pas que, simplement parce que le jury n'a pas cru l'appelant quant au consentement, il a, par le fait même, conclu à l'absence de croyance au consentement, et à l'impossibilité pour l'appelant de fonder sa croyance au consentement sur des motifs raisonnables.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, DICKSON *and* ESTEY JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: DuMoulin, Black & Co., Vancouver.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges DICKSON *et* ESTEY *étant dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: DuMoulin, Black & Co., Vancouver.

Elman Richard Elk *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada *Intervener.*

1980: March 25; 1980: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Indian fishing rights — Agreement between federal and provincial governments giving Indians the right to fish year round — Whether agreement applying to federal legislation — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14 — Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), c. 30, para. 13 — British North America Act, 1930, 1930 (U.K.), c. 26.

The appellant, an Indian, was charged with fishing during a closed season contrary to the federal *Fisheries Act*. The charge was dismissed at trial on the ground that by virtue of clause 13 of the 1929 agreement between the Government of Canada and the Government of Manitoba, the appellant had the right to fish for food at all seasons of the year. The Court of Appeal reversed the judgment at trial on the ground that the Supreme Court of Canada had decided in *Daniels v. White and The Queen*, [1968] S.C.R. 517, that clause 13 of the agreement was applicable solely to provincial laws. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

In deciding that, applying the judgment of this Court in the *Daniels* case, clause 13 of the 1929 agreement between the federal and provincial governments did not exempt the appellant from compliance with the federal *Fisheries Act* and the Regulations thereunder, the Court of Appeal reached the correct conclusion.

Daniels v. White and The Queen, [1968] S.C.R. 517, followed.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal[1] reversing the judgment of Mikle J. of the Provincial Court[2]. Appeal dismissed.

[1] [1979] 1 W.W.R. 514.
[2] [1978] 4 W.W.R. 297.

Elman Richard Elk *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada *Intervenant.*

1980: 25 mars; 1980: 17 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Droits de pêche des Indiens — Convention entre les gouvernements fédéral et provincial accordant aux Indiens le droit de pêcher toute l'année — La convention s'applique-t-elle à la loi fédérale? — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14 — Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), chap. 30, par. 13 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (R.-U.), chap. 26.

L'appelant, un Indien, est accusé d'avoir pêché hors saison contrairement à la *Loi sur les pêcheries* fédérale. L'accusation a été rejetée en première instance pour le motif que, conformément à la clause 13 de la convention de 1929 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Manitoba, l'appelant avait le droit de pêcher pour se nourrir en toute saison de l'année. La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance pour le motif que la Cour suprême du Canada a décidé dans l'arrêt *Daniels c. White et La Reine*, [1968] R.C.S. 517, que la clause 13 de la convention s'applique uniquement aux lois provinciales. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En décidant que conformément à l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *Daniels*, la clause 13 de la convention de 1929 entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial n'exempte pas l'appelant du respect de la *Loi sur les pêcheries* fédérale et de son règlement d'application, la Cour d'appel a rendu un arrêt bien fondé.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Daniels c. White et La Reine*, [1968] R.C.S. 517.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1] qui a infirmé le jugement du juge Mikle de la Cour provinciale[2]. Pourvoi rejeté.

[1] [1979] 1 W.W.R. 514.
[2] [1978] 4 W.W.R. 297.

H. I. Pollock, Q.C., M. B. Nepon, and *Brenda Keyser*, for the appellant.

M. J. Conklin and *A. G. Bowering*, for the respondent.

B. A. MacFarlane and *J. M. Mabbutt*, for the intervenor.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant was charged that on April 20, 1978, he fished for northern pike in waters where, at that time, fishing for such fish was prohibited under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14. The appellant is an Indian, and was fishing, on land to which he had a right of access, for food for the use of himself and his family.

The charge was dismissed, at trial, on the ground that by virtue of clause 13 of the agreement between the Government of Canada and the Government of Manitoba made on December 14, 1929, the appellant had the right to fish for food at all seasons of the year. Clause 13 provides as follows:

> 13. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have the right of access.

Section 1 of the *British North America Act, 1930*, confirmed that agreement and gave to it the force of law.

The Court of Appeal reversed the judgment at trial on the ground that this Court, by a majority decision, had decided in *Daniels v. White and The Queen*[3] that clause 13 imposed the obligations and restrictions defined in it only upon the transferee

[3] [1968] S.C.R. 517.

H. I. Pollock, c.r., M. B. Nepon, et *Brenda Keyser*, pour l'appelant.

M. J. Conklin et *A. G. Bowering*, pour l'intimée.

B. A. MacFarlane et *J. M. Mabbutt*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant est accusé d'avoir pêché le brochet le 20 avril 1978 dans des eaux où la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, en interdisait la pêche à cette date. L'appelant, un Indien, pêchait sur une terre où il avait un droit d'accès pour nourrir sa famille et lui-même.

L'accusation a été rejetée en première instance pour le motif que, conformément à la clause 13 de la convention conclue le 14 décembre 1929 entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Manitoba, l'appelant avait le droit de pêcher pour se nourrir en toute saison de l'année. La clause 13 prévoit ce qui suit:

> 13. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

L'article 1 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, confirme cette convention et lui donne force de loi.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance pour le motif que cette Cour a décidé à la majorité dans l'arrêt *Daniels c. White et la Reine*[3] que seule la province cessionnaire est assujettie aux obligations et aux restrictions énon-

[3] [1968] R.C.S. 517.

province and that the clause was applicable solely to provincial laws. After referring to the *Daniels* case, the Court concluded as follows:

> In the present case we are dealing with a Federal enactment, namely, the *Fisheries Act*. Applying the decision of the majority in the *Daniels* case we must hold that the accused was bound by the provisions of that *Act*. The proviso in clause 13 of the 1929 agreement, affirmed by the 1930 tripartite legislation, did not exempt him from compliance with the *Fisheries Act* and the Regulations thereunder.

In my opinion the Court of Appeal reached the correct conclusion. I would, therefore, dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pollock & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General, Winnipeg.

Solicitor for the intervener: The Regional Director, Department of Justice, Winnipeg.

cées dans la clause 13 et que la clause s'applique uniquement aux lois provinciales. Après s'être reportée à *Daniels*, la Cour a conclu en ces termes:

> [TRADUCTION] En l'espèce, nous traitons d'un texte de loi fédéral, savoir la *Loi sur les pêcheries*. Conformément à la décision de la majorité dans *Daniels*, il nous faut conclure que l'accusé était lié par les dispositions de cette loi. La condition de la clause 13 de la convention de 1929, confirmée par la législation tripartite de 1930, ne l'exempte pas du respect de la *Loi sur les pêcheries* et de son règlement d'application.

A mon avis, la conclusion de la Cour d'appel est bien fondée. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pollock & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant: Le directeur régional, ministère de la Justice, Winnipeg.

Frank Paul *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: May 13; 1980: June 3.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contempt of court — Imputation of corruption against the Crown Attorney — "Show cause" hearing — Performance of public duties as officer of the court — Apprehension of bias — Failure to invite final submissions — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1).

The appellant was convicted of contempt in the face of the court in impugning the integrity of the Crown Attorney by calling him corrupt and repeating the imputation. He had become involved in a dispute with neighbours about a right of way affecting his summer property. Civil litigation ensued and, as well, criminal proceedings, involving charges and counter-charges. The Crown Attorney of the area prosecuted in the ordinary course but the appellant was displeased with an alleged failure to pursue the counter-charges and felt that the Crown Attorney was "in league" with his neighbours. At some proceedings on August 25, 1977, the appellant twice referred to the Crown Attorney as corrupt. On September 1, 1977, the judge asked the appellant to apologize to the court and to the Crown Attorney on pain of being cited for contempt. The Crown Attorney had complained of the allegation and although the appellant was given a further opportunity to apologize he did not do so but was prepared to appear at a "show-cause" hearing. The hearing on the contempt charge took place on November 17, 1977, the appellant was convicted and a fine of $250 was imposed upon him. The Court of Appeal, by a majority, dismissed the appeal, the dissent being on the ground that the imputation was personal and did not relate to the performance by the Crown Attorney of his public duties as an officer of the court. Leave to appeal here was given to the appellant who is confined under s. 618(1) of the *Criminal Code* to questions of law.

Held: The appeal should be dismissed.

Frank Paul *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 13 mai; 1980: 3 juin.

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

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

Outrage au tribunal — Imputation de corruption à l'endroit du substitut du procureur général — Audience «aux fins de justification» — Exécution de fonctions publiques comme fonctionnaire judiciaire — Crainte de partialité — Défaut d'inviter des plaidoiries finales — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(1).

L'appelant a été déclaré coupable d'outrage commis en présence du tribunal pour avoir attaqué l'intégrité du substitut du procureur général en le traitant de corrompu et en répétant l'imputation. Il avait eu une dispute avec des voisins au sujet d'un droit de passage grevant sa résidence d'été. Cela a entraîné un procès civil ainsi que des procédures criminelles comprenant des accusations et des contre-accusations. Le substitut du procureur général de la région a intenté des poursuites selon la procédure ordinaire, mais l'appelant était mécontent parce qu'on n'aurait pas donné suite aux contre-accusations et il estimait que le substitut du procureur général était «de mèche» avec ses voisins. Au cours de procédures le 25 août 1977, l'appelant a, à deux reprises, traité le substitut du procureur général de corrompu. Le 1er septembre 1977 le juge a demandé à l'appelant de s'excuser auprès de la Cour et du substitut du procureur général sous peine d'être cité pour outrage au tribunal. Le substitut s'était plaint de l'allégation et, bien qu'on ait donné à l'appelant une autre occasion de s'excuser, il ne l'a pas fait mais s'est dit disposé à comparaître à une audience «aux fins de justification». L'audience relativement à l'accusation d'outrage au tribunal s'est tenue le 17 novembre 1977, l'appelant a été déclaré coupable et une amende de $250 lui a été imposée. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel; la dissidence portait que l'imputation était personnelle et ne se rapportait pas à l'exécution des fonctions publiques de substitut du procureur général comme fonctionnaire judiciaire. Autorisation de pourvoi a été accordée à l'appelant qui, aux termes du par. 618(1) du *Code criminel*, ne peut invoquer que des questions de droit.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Whatever substance there may be to the appellant's contention as to the out-of-court behaviour of the Crown Attorney towards him, this cannot excuse his in-court imputation against the integrity of the Crown Attorney. There is no doubt that there may be contempt of court if allegations tending to bring the administration of justice into disrepute are made in court against officers of the court. The trial judge was entitled, on the complaint of the Crown Attorney, to take notice of the imputation of corruption and to fix a "show cause" hearing rather than to ask the Crown Attorney to take his complaint to the Attorney General of the Province. The judge was right in finding that there was no factual basis for the imputation of corruption. With respect to two other issues raised: there was no reasonable apprehension of bias to disqualify the judge from proceeding with the contempt citation; and the failure to invite final submissions at the end of the "show cause" hearing did not constitute an error of law for the matters in issue had been thoroughly threshed out by argument which was threaded through the evidence.

McKeown v. The Queen, [1971] S.C.R. 446; *In Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68; *Parashuram Detaram Shamdasani v. King-Emperor*, [1945] A.C. 264, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], dismissing an appeal from a conviction of contempt in the face of the Court. Appeal dismissed.

The appellant, appearing on his own behalf.

Casey Hill, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant was convicted by His Honour Judge Geiger of contempt in the face of the court in impugning the integrity of the Crown Attorney by calling him corrupt and repeating the imputation. An appeal from the conviction to the Ontario Court of Appeal (as now permitted by s. 9 of the *Criminal Code*, as enacted by 1972 (Can.), c. 13, s. 4) was dismissed, with Weatherston J.A. dissenting on the ground that the imputation was personal and did not relate to the performance by the Crown Attorney of his

[1] (1978), 6 C.R. 272, 44 C.C.C. (2d) 257.

Quel que soit le bien-fondé de la prétention de l'appelant relativement au comportement du substitut du procureur général à son égard, à l'extérieur de la cour, cela ne peut excuser l'imputation qu'il a faite devant la cour contre l'intégrité du substitut. Il n'y a aucun doute qu'il peut y avoir outrage au tribunal si des allégations tendant à jeter le discrédit sur l'administration de la justice sont faites devant la cour contre des fonctionnaires judiciaires. Le juge du procès avait le droit, suite à la plainte du substitut du procureur général, de prendre acte de l'imputation de corruption, et de fixer une audience «aux fins de justification» plutôt que de demander au substitut du procureur général de présenter sa plainte au procureur général de la province. Le juge a eu raison de conclure que l'imputation de corruption n'était pas fondée sur des faits. Quant aux deux autres points en litige mentionnés: il n'existait pas de crainte raisonnable de partialité empêchant le juge de procéder sur la citation pour outrage au tribunal; et le défaut d'inviter les parties à plaider à la fin de l'audience «aux fins de justification» ne constitue pas une erreur de droit, parce que les questions en litige ont été complètement vidées par les arguments émaillant la preuve.

Jurisprudence: *McKeown c. La Reine*, [1971] R.C.S. 446; *In Re Johnson* (1887), 20 Q.B.D. 68; *Parashuram Detaram Shamdasani v. King-Emperor*, [1945] A.C. 264.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté un appel de la déclaration de culpabilité d'outrage commis en présence du tribunal. Pourvoi rejeté.

L'appelant a comparu personnellement.

Casey Hill, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appelant a été déclaré coupable d'outrage commis en présence du tribunal par le juge Geiger pour avoir attaqué l'intégrité du substitut du procureur général en le traitant de corrompu et en répétant l'imputation. Un appel de la déclaration de culpabilité, interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario (comme le permet maintenant l'art. 9 du *Code criminel*, adopté par 1972 (Can.), chap. 13, art. 4) a été rejeté. Le juge Weatherston était dissident au motif que l'imputation était personnelle et ne se

[1] (1978), 6 C.R. 272, 44 C.C.C. (2d) 257.

public duties as an officer of the court. All three Judges of the Ontario Court of Appeal were agreed, however, that Judge Geiger had the power, in the circumstances, to proceed summarily against the appellant, and was not obliged to have the Crown Attorney make his complaint of contempt of court to the Attorney General with a view to proceeding against the appellant by indictment.

The punishment imposed upon the appellant was a fine of $250 and, in default of payment within sixty days, a term of imprisonment of twenty-one days. Although an appeal was taken in the alternative against the punishment imposed, the Ontario Court of Appeal did not interfere with it and, of course, in this Court the degree of the punishment is not open to question. Leave to appeal here was given to the appellant who is confined under s. 618(1) of the *Criminal Code* (on the view that his conviction was of an indictable offence: see *McKeown v. The Queen*[2]) to questions of law.

If any question of law was raised by the appellant in his appeal to this Court, it could only be to challenge the correctness in law of the summary course taken by Judge Geiger, to associate this objection with a contention of reasonable apprehension of bias in Judge Geiger and to contend that the appellant was not given an opportunity to submit argument at the conclusion of the evidence on the "show cause" hearing into the alleged contempt. In my view, none of these challenges to the conviction are maintainable. Some background is necessary to put these issues in perspective.

The appellant had become involved in a dispute with neighbours about a right of way affecting his summer property. Civil litigation ensued and, as well, criminal proceedings, involving charges and counter-charges. The Crown Attorney of the area prosecuted in the ordinary course but the appellant was displeased with an alleged failure to pursue the counter-charges. On August 25, 1977, the

[2] [1971] S.C.R. 446.

rapportait pas à l'exécution des fonctions publiques du substitut du procureur général comme fonctionnaire judiciaire. Toutefois, les trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que le juge Geiger pouvait, dans les circonstances, procéder par voie sommaire contre l'appelant, et qu'il n'était pas obligé de demander au substitut du procureur général de présenter sa plainte d'outrage au tribunal au procureur général pour que l'appelant soit poursuivi par acte d'accusation.

La peine imposée à l'appelant est une amende de $250 et, à défaut de paiement dans les soixante jours, d'un emprisonnement de vingt et un jours. Bien qu'on ait subsidiairement interjeté appel de la peine imposée, la Cour d'appel de l'Ontario ne l'a pas modifiée et, bien sûr, la sévérité de la peine ne peut être contestée devant cette Cour. Autorisation de pourvoi a été accordée à l'appelant qui, aux termes du par. 618(1) du *Code criminel*, ne peut invoquer (puisqu'il a été déclaré coupable d'un acte criminel: Voir *McKeown c. La Reine*[2]) que des questions de droit.

Si l'appelant invoque une question de droit dans son pourvoi devant cette Cour, ce ne peut être qu'une contestation du bien-fondé en droit de la procédure sommaire adoptée par le juge Geiger, associant à cette objection une allégation de crainte raisonnable de partialité de la part du juge Geiger et une prétention que l'appelant n'a pas eu la possibilité de plaider à la clôture de la preuve faite à l'audience tenue afin qu'il justifie les raisons pour lesquelles il ne devrait pas être condamné de l'outrage imputé. A mon avis, aucune de ces attaques de la déclaration de culpabilité ne peut tenir. Il est nécessaire d'examiner les circonstances pour mettre les questions en litige dans leur contexte.

L'appelant avait eu une dispute avec des voisins au sujet d'un droit de passage grevant sa résidence d'été. Cela a entraîné un procès civil ainsi que des procédures criminelles comprenant des accusations et des contre-accusations. Le substitut du procureur général de la région a intenté des poursuites selon la procédure ordinaire, mais l'appelant était mécontent parce qu'on n'aurait pas donné suite

[2] [1971] S.C.R. 446.

appellant appeared before Judge Geiger on another charge and when the Crown Attorney suggested a trial date of September 23, 1977, the appellant objected to Judge Geiger and called the Crown Attorney corrupt. The appellant felt that the Crown Attorney was "in league" with his neighbours. He also felt that he was being obliged, unnecessarily, to make weekly trips to Parry Sound from Toronto simply to appear for adjournments. However, it was contended against him that he could not be pinned down to a trial date. (I should note that he was appearing in person without counsel and appeared in this Court in person to argue successfully his application for leave and, as it turns out, unsuccessfully the appeal proper).

At the proceedings on August 25, 1977, the appellant twice referred to the Crown Attorney as corrupt, but the latter was guilty of exacerbating a difficult situation by saying that the appellant needed a mental examination. Judge Geiger told the appellant that he (Judge Geiger) was arranging to have another judge come on September 23, 1977, to hear the charge against the appellant who then said "If a Judge is coming who is directed by this Judge I will not accept". This understandably annoyed Judge Geiger and the matter was put over to September 1, 1977. It came back the following week when further rancorous exchanges took place, and Judge Geiger asked the appellant to apologize to the court and to the Crown Attorney for his allegation of corruption on pain of being cited for contempt. The Crown Attorney had complained of the allegation, and although the appellant was given a further opportunity to apologize he did not do so but was prepared to appear at a "show cause" hearing. When the matter came up again on September 15, 1977, another counsel from the provincial Ministry of Justice appeared to pursue the contempt proceedings. The appellant cast aspersions on the impartiality of Judge Geiger and ultimately asked for more time to enable him to bring in a certain witness. The matter was put

aux contre-accusations. Le 25 août 1977 l'appelant a comparu devant le juge Geiger sur une autre accusation et, lorsque le substitut du procureur général a proposé le 23 septembre 1977 comme date de procès, l'appelant a présenté une objection au juge Geiger et a traité le substitut du procureur général de corrompu. L'appelant estimait que le substitut du procureur général était «de mèche» avec ses voisins. Il estimait également qu'on l'obligeait inutilement à se rendre de Toronto à Parry Sound, toutes les semaines, simplement pour comparaître pour des ajournements. Cependant, on a soutenu à son encontre qu'on n'arrivait pas à lui fixer une date de procès. (Je dois souligner qu'il a comparu en personne sans être représenté par avocat et a comparu devant cette Cour en personne pour plaider, avec succès, sa demande d'autorisation de pourvoi et, comme il s'avère maintenant, sans succès, son pourvoi proprement dit).

Au cours des procédures du 25 août 1977, l'appelant a, à deux reprises, traité le substitut du procureur général de corrompu, mais ce dernier a contribué à aggraver une situation difficile en disant que l'appelant avait besoin d'un examen psychiatrique. Le juge Geiger a informé l'appelant qu'il (le juge Geiger) prenait des mesures pour qu'un autre juge connaisse le 23 septembre 1977 de l'accusation portée contre l'appelant et ce dernier a répondu [TRADUCTION] «si un juge vient à la demande de ce juge je refuserai». Il est bien compréhensible que cela ait irrité le juge Geiger et l'affaire a été remise au 1er septembre 1977. A l'audience, la semaine suivante, d'autres échanges rancuniers ont eu lieu, et le juge Geiger a demandé à l'appelant de s'excuser auprès de la Cour et du substitut du procureur général pour son allégation de corruption sous peine d'être cité pour outrage au tribunal. Le substitut s'était plaint de l'allégation et, bien qu'on ait donné à l'appelant une autre occasion de s'excuser, il ne l'a pas fait mais s'est dit disposé à comparaître à une audience «aux fins de justification». Lorsque l'affaire est venue de nouveau à audience le 15 septembre 1977, un autre substitut du procureur général de la province a comparu pour poursuivre les procédures d'outrage au tribunal. L'appelant a attaqué l'impartialité du juge Geiger et a finalement demandé un délai afin de faire entendre un certain témoin.

over and came before Juge Geiger again on November 17, 1977.

A hearing on the contempt charge then took place. The appellant had subpoenaed certain witnesses and examined them at length, but did not himself give evidence in a formal way. Judge Geiger wished, however, to determine whether the appellant understood the import of "corrupt" since his facility with the English language might be deficient. The appellant answered as follows:

MR. PAUL: If I might submit my readings of it. Corrupt means rotten, depraved. It means inefficient, not fully capable. It means worthless, of no value or merit. It also means wicked, or dissolute. I go mainly on the word "rotten", which also means inefficient, worthless. "Inefficient" means not fully capable. "Worthless" means, of no value or merit. Now having stated this, there is only one Crown Attorney in this District, and having had problems stemming out of a civil dispute which was no more value than a hundred dollars.

The appellant claimed that the Crown Attorney had intimidated him in a parking lot, had laughed at him and thumbed his nose at him and he referred to these incidents at the "show cause" hearing, saying further:

... And if there is one party in as a Crown Attorney, who uses such incidents, for fun or, I don't know, makes fun of it, I find it outrageous and for sure, not proper ... rotten or whatever. I think my words ... the words I used therefore, are very mild, and I have no pity and I have no ... against Mr. Gerhart otherwise. I wish somebody would take, take care of this problem, to be straightened out.

Whatever substance there may be to the appellant's contention as to the out-of-court behaviour of the Crown Attorney towards him, this cannot excuse his in-court imputation against the integrity of the Crown Attorney. I cannot agree with Weatherston J.A. that the imputation did not relate to the Crown Attorney in his public or official capacity. The record shows the contrary. There is no doubt that there may be contempt of court if allegations tending to bring the administration of justice into disrepute are made in court

L'affaire a été remise et est revenue à audience devant le juge Geiger le 17 novembre 1977.

Une audience a alors été tenue relativement à l'accusation d'outrage au tribunal. L'appelant avait assigné des témoins et il les a longuement interrogés, mais n'a pas, lui-même, témoigné de façon formelle. Cependant, le juge Geiger a voulu vérifier si l'appelant comprenait le sens de «corrompu» puisque sa maîtrise de la langue anglaise n'était peut-être pas parfaite. Voici la réponse de l'appelant:

[TRADUCTION] M. PAUL: Si je peux soumettre mon interprétation de ce mot. Corrompu signifie pourri, dépravé. Il signifie inefficace, pas entièrement capable. Il signifie nul, sans mérite ou valeur. Il signifie pervers ou dissolu. Je m'arrête principalement sur le mot «pourri», qui signifie également inefficace, nul. «Inefficace» signifie pas entièrement capable. «Nul» signifie sans valeur ou mérite. Ceci dit, il n'y a qu'un seul substitut du procureur général dans ce district, et j'ai eu des problèmes découlant d'un litige civil dont l'enjeu ne dépassait pas une centaine de dollars.

L'appelant a prétendu que le substitut du procureur général l'avait intimidé dans un terrain de stationnement, s'était moqué de lui et lui avait fait un pied de nez et il a mentionné ces incidents à l'audience en question en ajoutant:

[TRADUCTION] ... Et s'il y a une partie comme le substitut du procureur général, qui utilise des incidents semblables pour le plaisir ou, je ne sais pas, pour en rire, je trouve ça révoltant et, bien sûr, inconvenant ... pourri ou quelque chose du genre. Je crois que mes paroles ... ce que j'ai dit est très modéré, et je n'ai autrement aucune pitié et je n'ai aucun ... contre Me Gerhart. J'aimerais bien que quelqu'un s'occupe de ce problème, pour l'éclaircir.

Quel que soit le bien-fondé de la prétention de l'appelant relativement au comportement du substitut du procureur général à son égard, à l'extérieur de la cour, cela ne peut excuser l'imputation qu'il a faite devant la cour contre l'intégrité du substitut. Je ne peux souscrire à l'opinion du juge Weatherston que l'imputation ne se rapportait pas au substitut du procureur général dans l'exercice de ses fonctions publiques ou officielles. Le dossier indique le contraire. Il n'y a aucun doute qu'il peut y avoir outrage au tribunal si des allégations tendant à jeter le discrédit sur l'administration de la

against officers of the court: see *In Re Johnson*[3], at p. 75; *Parashuram Detaram Shamdasani v. King-Emperor*[4], at p. 269. Judge Geiger was entitled, on the complaint of the Crown Attorney, to take notice of the imputation of corruption, twice repeated and joined with other unflattering references to the Crown Attorney. He might have, in the light of the record as a whole touching the appellant's involvement with the Provincial Court at Parry Sound, ignored the imputation or have told the Crown Attorney to take his complaint to the Attorney General of the Province but I can find no error of law in the way in which he dealt with the matter.

In the first place, he did not proceed against the appellant on the spot and without giving him an opportunity, indeed several opportunities, to apologize. Moreover, he fixed a "show cause" hearing and then allowed the appellant further time to prepare himself for it. At any time prior to the "show cause" hearing and even, it seems to me, during the hearing, the appellant could have brought the proceedings against him to a peaceful end by offering an apology. There was no factual basis for the imputation of corruption and Judge Geiger was right in so finding. After the "show cause" hearing on November 17, 1977, judgment was reserved until February 2, 1978, at which time Judge Geiger delivered lengthy and considered reasons. In finding the appellant guilty of contempt of court, he said this:

> Over the course of the last year Mr. Paul has, on a number of occasions, made derrogatory (sic) and insulting comments about Mr. Gerhart, culminating in the charge that Mr. Gerhart is corrupt and not loyal to his oath.
>
> Mr. Paul alleges that Mr. Gerhart laughs and stares at him. I have indicated that I have not noticed Mr. Gerhart laughing. What I have noticed is a smile and I see nothing offensive in that. I have not noticed Mr. Gerhart staring at any time. I believe that Mr. Paul is self-conscious and overly sensitive.
>
> Mr. Paul refers to an incident in the parking lot, and I believe that this incident must be considered in the light of my prior observations: there is no doubt that Mr.

[3] (1887), 20 Q.B.D. 68.
[4] [1945] A.C. 264.

justice sont faites devant la cour contre des fonctionnaires judiciaires: Voir *In Re Johnson*[3], à la p. 75; *Parashuram Detaram Shamdasani v. King-Emperor*[4], à la p. 269. Le juge Geiger avait le droit, suite à la plainte du substitut du procureur général, de prendre acte de l'imputation de corruption, répétée deux fois et jointe à d'autres remarques désobligeantes adressées au substitut. Il aurait pu, vu l'ensemble du dossier concernant l'affaire de l'appelant en cour provinciale à Parry Sound, faire abstraction de l'imputation ou dire au substitut du procureur général de présenter sa plainte au procureur général de la province, mais je ne peux trouver d'erreur en droit dans la façon dont il a disposé de l'affaire.

Tout d'abord, il n'a pas agi contre l'appelant sur-le-champ, sans lui avoir donné l'occasion, et en fait, plusieurs occasions, de s'excuser. De plus, il a fixé une audience «aux fins de justification» et lui a ensuite accordé un délai pour s'y préparer. A tout moment avant l'audience en question et même, à mon avis, pendant cette audience, l'appelant aurait pu mettre fin paisiblement aux procédures contre lui en s'excusant. Le juge Geiger a eu raison de conclure que l'imputation de corruption n'était pas fondée sur des faits. Après l'audience «aux fins de justification» le 17 novembre 1977, le jugement a été mis en délibéré jusqu'au 2 février 1978, date à laquelle le juge Geiger a exposé de longs motifs bien pesés. En concluant que l'appelant était coupable d'outrage au tribunal il a dit:

> [TRADUCTION] Au cours de la dernière année M. Paul a fait, à plusieurs reprises, des commentaires dérogatoires et injurieux concernant Me Gerhart, se terminant par l'accusation que Me Gerhart est corrompu et a trahi son serment.
>
> M. Paul prétend que Me Gerhart le dévisage en se moquant de lui. J'ai fait observer que je n'ai pas vu Me Gerhart rire. Tout ce que j'ai vu c'est un sourire, ce que je ne trouve nullement offensant. Je n'ai vu Me Gerhart dévisager M. Paul à aucun moment. Je crois que M. Paul est gêné et trop sensible.
>
> M. Paul mentionne un incident dans le terrain de stationnement et je crois que cet incident doit être considéré dans le contexte de mes remarques anté-

[3] (1887), 20 Q.B.D. 68.
[4] [1945] A.C. 264.

Gerhart has been bothered by Mr. Paul's accusations, insults and truculence. One must also remember that Mr. Gerhart is still prosecuting a number of charges against Mr. Paul.

I do not find that Mr. Paul has been intimidated in any way by Mr. Gerhart, but rather that Mr. Gerhart has been intimidated by Mr. Paul.

I also dismiss as frivolous and without merit Mr. Paul's accusation that Mr. Gerhart has not been loyal to his oath. I am satisfied beyond any reasonable doubt that Mr. Gerhart, as Crown Attorney, has faithfully executed his duties, powers and trusts without fear or affection to any party.

Accordingly I am satisfied that there is no evidence to support Mr. Paul's allegation that the Crown Attorney is corrupt.

There are two other matters that I wish to mention. I cannot find that there was any reasonable apprehension of bias to disqualify Judge Geiger from proceeding with the contempt citation. It is true that he was advised by the Chief Judge of the Provincial Court not to hear any charges against the appellant but rather to have another judge preside at any trial of the appellant. I do not think that this can be taken to extend to the contempt proceeding or that, in any event, there was an error of law on Judge Geiger's part in dealing with the alleged contempt.

Although the appellant had moved on February 10, 1977, to prohibit Judge Geiger and the Crown Attorney from hearing and prosecuting any charges against him and the motion was not disposed of (it was dismissed) until after the contempt hearing but before judgment in the matter, this could not *ipso facto* establish a reasonable apprehension of bias. The appellant could not, by making unfounded allegations of bias, determine by whom he could be tried. Moreover, Judge Geiger was long involved, as the only Provincial Court Judge in Parry Sound, with the proceedings against the appellant and was, hence, familiar with the context in which and the force with which the in-court imputations were made against the Crown Attorney. Whether or not Judge Geiger would have been better advised to have left the Crown Attorney to pursue the allegation of contempt before another judge, I repeat that there was no

rieures: il n'y a aucun doute que Me Gerhart a été affecté par les accusations, les insultes et la férocité de M. Paul. Il faut également garder à l'esprit que Me Gerhart agit dans plusieurs poursuites contre M. Paul.

Je ne crois pas que M. Paul ait été intimidé de quelque façon par Me Gerhart; je crois plutôt que Me Gerhart a été intimidé par M. Paul.

Je rejette également comme frivole et sans fondement l'accusation de M. Paul que Me Gerhart a trahi son serment. Je suis convaincu hors de tout doute raisonnable que Me Gerhart, en qualité de substitut du procureur général, a fidèlement exécuté ses fonctions et a exercé ses pouvoirs et mandats sans crainte ou partialité pour aucune partie.

Par conséquent, je suis convaincu qu'aucune preuve n'appuie l'allégation de M. Paul que le substitut du procureur général est corrompu.

Je désire mentionner deux autres points. Je ne peux conclure qu'il existait une crainte raisonnable de partialité empêchant le juge Geiger de procéder sur la citation pour outrage au tribunal. Il est vrai que le Juge en chef de la Cour provinciale lui a conseillé de n'entendre aucune des accusations contre l'appelant mais de faire plutôt présider tout procès de l'appelant par un autre juge. Je ne crois pas que l'on puisse dire que cela s'applique aux procédures d'outrage ni, en tout état de cause, que le juge Geiger a commis une erreur de droit en connaissant lui-même de l'outrage au tribunal.

Bien que l'appelant ait présenté une requête, le 10 février 1977, visant à interdire au juge Geiger de connaître des accusations portées contre lui et au substitut du procureur général d'intenter des poursuites et que cette requête n'ait été tranchée (elle a été rejetée) qu'après l'audience tenue sur l'outrage mais avant le jugement y afférent, cela ne peut fonder, par le fait même, une crainte raisonnable de partialité. L'appelant ne pouvait pas, en faisant des allégations de partialité sans fondement, décider par qui il pouvait être jugé. De plus, comme le juge Geiger est le seul juge de la Cour provinciale à Parry Sound, il était depuis longtemps mêlé aux procédures en cours contre l'appelant et, par le fait même, connaissait bien le contexte dans lequel les imputations ont été faites contre le substitut du procureur général et leur poids. Quant à la question de savoir s'il aurait été préférable que le juge Geiger laisse le substitut du

error of law in regarding the matter as one that should be dealt with expeditiously and hence by himself.

Secondly, I find no fatal defect of natural justice or of any want of fairness in the way in which the "show cause" hearing was conducted. The appellant was given full latitude to present evidence and spent a considerable time in cross-examining the Crown Attorney who had testified in chief in support of the citation of contempt. The cross-examination recanvassed the relations between the appellant and the Crown Attorney and the "show cause" hearing then ended. Judge Geiger did not expressly invite either Crown counsel, who appeared in support of the citation of contempt, or the appellant to make final submissions, but the matters in issue had been thoroughly threshed out by argument which was threaded through the evidence. In these circumstances, I do not think that the failure to invite final submissions constituted an error of law. There was no suggestion that the appellant had requested an opportunity to make final submissions and had been refused.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Ontario, Toronto.

procureur général poursuivre l'allégation d'outrage devant un autre juge, je répète qu'il n'a commis aucune erreur de droit en considérant que la question devait être tranchée promptement et donc par lui-même.

Deuxièmement, je ne trouve aucun manquement fatal à la justice naturelle ni aucune injustice dans la façon dont l'audience «aux fins de justification» a été conduite. L'appelant a eu toute latitude pour présenter sa preuve et a passé beaucoup de temps à contre-interroger le substitut du procureur général qui avait témoigné lors de l'interrogatoire principal à l'appui de la citation pour outrage. Le contre-interrogatoire est revenu sur les relations entre l'appelant et le substitut du procureur général et l'audience a alors pris fin. Le juge Geiger n'a pas expressément invité le substitut du procureur général, qui a comparu à l'appui de la citation pour outrage, ni l'appelant, à faire de plaidoiries finales, mais les questions en litige avaient été complètement vidées par les arguments émaillant la preuve. Dans les circonstances, je ne crois pas que le défaut d'inviter les parties à plaider constitue une erreur de droit. On n'a pas prétendu que l'appelant avait demandé de plaider et qu'on le lui avait refusé.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Canadian Pacific Limited and Marathon Realty Company Limited *Appellants/Cross-Respondents*;

and

The Town of Vulcan *Respondent/Cross-Appellant*;

and

The Provincial Planning Board *Cross-Respondent*;

and

The Attorney General of Canada, The Attorney General of Alberta and The Attorney General of British Columbia *Interveners.*

1980: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Planning — Railway lands — Sale of portion surplus to railway requirements — Application for subdivision approval — Applicability of provisions of planning legislation — The Planning Act, R.S.A. 1970, c. 276, ss. 25, 26 — The Subdivision and Transfer Regulation, A.R. 215/67, s. 19.

The appellant (CP) was the owner of a parcel of land in Vulcan, Alberta, which contained 38.62 acres and was occupied and used by CP for its interprovincial railway operations. A portion of the parcel became surplus to railway requirements and CP sold this portion (17.94 acres) to the appellant (Marathon). Marathon applied to the Oldman River Regional Planning Commission for subdivision approval. Subdivision was approved on several conditions, one being that "the 10% Reserve requirement pursuant to s. 26(1) of the *Planning Act*, be waived on 24.40 acres and be taken as payment-in-lieu ..." Marathon and CP appealed this decision to the Provincial Planning Board, and the Board decided that the reserve should be computed on the basis of only the 17.94 acres of surplus lands.

The Town of Vulcan appealed to the Supreme Court of Alberta, Appellate Division, which held that the reserve is to be calculated at 10 per cent of the entire parcel of 38.62 acres. Pursuant to leave granted by the Court of Appeal of Alberta, an appeal was brought to this Court.

Canadien Pacifique Limitée et Marathon Realty Company Limited *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*;

et

La Ville de Vulcan *Intimée/Appelante au pourvoi incident*;

et

The Provincial Planning Board *Intimée au pourvoi incident*;

et

Le Procureur général du Canada, le Procureur général de l'Alberta et le Procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants.*

1980: 15 octobre.

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

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

Planification — Terrains du chemin de fer — Vente d'une parcelle excédant les besoins du chemin de fer — Demande d'approbation du lotissement — Applicabilité de la législation sur la planification — The Planning Act, R.S.A. 1970, chap. 276, art. 25, 26 — The Subdivision and Transfer Regulation, A.R. 215/67, art. 19.

L'appelante (CP) était propriétaire d'un terrain d'une superficie de 38.62 acres à Vulcan en Alberta. Elle l'occupait et l'utilisait pour l'exploitation de son chemin de fer interprovincial. Comme une parcelle de 17.94 acres de ce terrain excédait les besoins de l'entreprise de chemin de fer, CP l'a vendue à l'appelante (Marathon). Marathon a demandé l'approbation du lotissement à la Oldman River Regional Planning Commission. Le lotissement a été approuvé à plusieurs conditions, notamment que «conformément au par. 26(1) de *The Planning Act*, il y ait renonciation à la réserve de 10 p. cent sur 24.40 acres et son remplacement par un paiement ...» Marathon et CP ont interjeté appel de cette décision à la Provincial Planning Board qui a décidé qu'on devait calculer la réserve seulement sur la base des 17.94 acres de terrain vendu.

La Ville de Vulcan a interjeté appel à la Division d'appel de la Cour surpême de l'Alberta qui a décidé que la réserve de 10 pour cent devait être calculée en fonction de la superficie totale du terrain de 38.62 acres. Aux termes d'une autorisation accordée par la Cour d'appel de l'Alberta, un pourvoi a été formé devant cette Cour.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta allowing an appeal from a decision of the Provincial Planning Board. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

N. D. Mullins, Q.C., and *M. M. Szel*, for the appellants.

M. J. Major, for the Town of Vulcan.

W. J. Nugent, for the Provincial Planning Board.

T. B. Smith, Q.C., and *James M. Mabbutt*, for the Attorney General of Canada.

W. A. Pearce, for the Attorney General of British Columbia.

W. Henkel, Q.C., for the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal should be allowed, the judgment of the Alberta Court of Appeal set aside and the order of the Provincial Planning Board restored. The appellants are entitled to costs throughout. The cross-appeal is dismissed with costs in this Court. The order of the Provincial Planning Board shall be effective for six months from the date of this judgment.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: M. M. Szel, Calgary.

Solicitors for the respondent: Major, Caron & Co., Calgary.

Solicitor for the Provincial Planning Board: W. J. Nugent, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General of Alberta: W. Henkel, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of British Columbia: Department of the Attorney General, Victoria.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, qui a accueilli un appel d'une décision de la Provincial Planning Board. Pourvoi accueilli; pourvoi incident rejeté.

N. D. Mullins, c.r., et *M. M. Szel*, pour les appelantes.

M. J. Major, pour la Ville de Vulcan.

W. J. Nugent, pour The Provincial Planning Board.

T. B. Smith, c.r., et *James M. Mabbutt*, pour le procureur général du Canada.

W. A. Pearce, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

W. Henkel, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta infirmé et l'ordonnance de la Provincial Planning Board rétablie. Les appelantes ont droit aux dépens dans toutes les cours. Le contre-appel est rejeté avec dépens en cette Cour. L'ordonnance de la Provincial Planning Board est en vigueur pour six mois à compter de la date de ce jugement.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelantes: M. M. Szel, Calgary.

Procureurs de l'intimée: Major, Caron & Co., Calgary.

Procureur de la Provincial Planning Board: W. J. Nugent, Edmonton.

Procureur du procureur général de l'Alberta: W. Henkel, Edmonton.

Procureur du procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Le département du procureur général, Victoria.

Gypsumville District Teachers' Association No. 1612 of the Manitoba Teachers' Society (*Applicant*) *Appellant*;

and

Consolidated School District of Gypsumville No. 2461 (*Respondent*) *Respondent*;

and

The Minister of Education and Harold Piercy (*Respondents*).

The Pine Creek School Division No. 30 (*Applicant*) *Appellant*;

and

The Pine Creek Division Association No. 30 of The Manitoba Teachers' Society (*Respondent*) *Respondent*;

and

The Minister of Education and Mel Myers (*Respondents*).

1980: October 16.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Arbitration — Arbitrators — Neither of two nominated arbitrators impartial — Neutral chairman — No grounds of disqualification — The Public Schools Act, C.C.S.M., c. P250, s. 387(2).

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], dismissing appeals from a judgment of Kroft J. dismissing the appellants' applications for orders declaring that arbitrators nominated by the respondents under s. 387(2) of *The Public Schools Act*, C.C.S.M., c. P250, be disqualified. Appeals dismissed.

F. D. Allen, Q.C., for the appellant Gypsumville District Teachers' Association No. 1612 of the Manitoba Teachers' Society.

[1] [1979] 6 W.W.R. 616, 1 Man. R. (2d) 93.

Gypsumville District Teachers' Association N° 1612 de la Manitoba Teachers' Society (*Requérante*) *Appelante*;

et

Consolidated School District de Gypsumville N° 2461 (*Intimé*) *Intimé*;

et

Le ministre de l'Education et Harold Piercy (*Intimés*).

The Pine Creek School Division N° 30 (*Requérante*) *Appelante*;

et

The Pine Creek Division Association N° 30 de la Manitoba Teachers' Society (*Intimée*) *Intimée*;

et

Le ministre de l'Education et Mel Myers (*Intimés*).

1980: 16 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Arbitrage — Arbitres — Impartialité d'aucun des deux arbitres nommés — Président neutre — Aucuns motifs d'inhabilité — The Public Schools Act, C.C.S.M., chap. P250, art. 387(2).

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a rejeté les appels d'un jugement du juge Kroft qui avait rejeté les requêtes des appelants visant l'obtention d'ordonnances déclarant inhabiles les arbitres nommés par les intimés en vertu du par. 387(2) de *The Public Schools Act*, C.C.S.M., chap. P250. Pourvois rejetés.

F. D. Allen, c.r., pour l'appelante Gypsumville District Teachers' Association N° 1612 de la Manitoba Teachers' Society.

[1] [1979] 6 W.W.R. 616, 1 Man. R. (2d) 93.

D. H. Ringstrom, for the respondent Consolidated School District of Gypsumville No. 2461.

D. H. Ringstrom, for the appellant Pine Creek School Division No. 30.

F. D. Allen, Q.C., for the respondent Pine Creek Division Association No. 30 of the Manitoba Teachers' Society.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all of the opinion that, in the circumstances of these two appeals, we should not interfere with the judgments of the Court of Appeal. The appeals are dismissed, without costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the Gypsumville District Teachers' Association No. 1612 of the Manitoba Teachers' Society and the Pine Creek Division Association No. 30 of the Manitoba Teachers' Society: Allen & Booth, Winnipeg.

Solicitors for the Pine Creek School Division No. 30 and the Consolidated School District of Gypsumville No. 2461: Fillmore & Riley, Winnipeg.

D. H. Ringstrom, pour l'intimé Consolidated School District de Gypsumville N° 2461.

D. H. Ringstrom, pour l'appelante Pine Creek School Division N° 30.

F. D. Allen, c.r., pour l'intimée Pine Creek Division Association N° 30 de la Manitoba Teachers' Society.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

MARTLAND J.—Nous sommes tous d'avis que dans les circonstances de ces deux appels, nous ne devrions pas modifier les arrêts de la Cour d'appel. Les appels sont rejetés sans dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de la Gypsumville District Teachers' Association N° 1612 de la Manitoba Teachers' Society et de la Pine Creek Division Association N° 30 de la Manitoba Teachers' Society: Allen & Booth, Winnipeg.

Procureurs de la Pine Creek School Division N° 30 et du Consolidated School District de Gypsumville N° 2461: Fillmore & Riley, Winnipeg.

Shell Canada Limited *Appellant*;

and

United Oil Workers of Canada, Local 1 and United Oil Workers of Canada, Local 2 *Respondents*;

and

Claude Lauzon *Mis en cause.*

1980: May 8; 1980: June 27.

Present: Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Collective agreement — Unlawful strike — Claim by employer for damages — Grievance — Jurisdiction of arbitrator — Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88, 95.

The appeal concerns the jurisdiction of an arbitrator to hear and dispose of a claim for damages by an employer, appellant, against unions, the respondents, as the result of an unlawful strike. The collective agreements contained a clause that there would not be any lockout or strike for the duration of the agreement. Appellant informed respondents of its intention to submit its claims for damages to arbitration, in accordance with the procedure provided in the collective agreements and the *Labour Code*. Respondents refused to appoint an arbitrator, on the ground that the claims for damages were not grievances "under the terms of the Collective Agreement and/or the Labour Code". In view of respondents' refusal, appellant wrote the Minister of Labour, who appointed the mis en cause arbitrator. At the outset respondents challenged the jurisdiction of the arbitrator, who dismissed their objection. The Superior Court refused to issue a writ of evocation. The Court of Appeal reversed this judgment and ordered the writ to be issued.

Held: The appeal is allowed.

The only question which arises is as to whether appellant's claim based on a violation of the aforementioned clauses of the collective agreements constitutes a grievance. In answering this question, there is no basis for distinguishing between the claim of an employer and that of an employee: each case involves a monetary claim resulting from the violation of a provision of the collective agreement, and if one is within the arbitrator's jurisdiction, so is the other. There is also no basis, following *General Motors of Canada Limited v. Brunet*,

Shell Canada Limited *Appelante*;

et

Travailleurs Unis du Pétrole du Canada, Local 1 et Travailleurs Unis du Pétrole du Canada, Local 2 *Intimés*;

et

Claude Lauzon *Mis en cause.*

1980: 8 mai; 1980: 27 juin.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Convention collective — Grève illégale — Réclamation en dommages-intérêts par employeur — Grief — Compétence de l'arbitre — Code du Travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88, 95.

Le pourvoi porte sur la compétence d'un arbitre à entendre et disposer d'une réclamation en dommages-intérêts par un employeur, l'appelante, contre des syndicats, les intimés, à la suite d'une grève illégale. Les conventions collectives contenaient une clause à l'effet qu'il n'y aurait ni lock-out ni grève pendant la durée de la convention. L'appelante avisa les intimés de son intention de soumettre ses réclamations en dommages-intérêts à l'arbitrage, en conformité avec la procédure prévue aux conventions collectives et au *Code du Travail*. Les intimés refusèrent de désigner un arbitre, au motif que les réclamations en dommages ne constituaient pas des griefs au sens «du Code du Travail et/ou de la Convention collective». Devant le refus des intimés, l'appelante s'adressa au Ministre du travail, qui désigna l'arbitre mis en cause. Les intimés contestèrent au départ la compétence de l'arbitre, lequel rejeta l'objection. La Cour supérieure refusa la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour d'appel a infirmé ce jugement et ordonné la délivrance du bref.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La seule question qui se pose est de savoir si la réclamation de l'appelante fondée sur la violation des clauses précitées des conventions collectives constitue un grief. Pour répondre à cette question, il n'y a pas lieu de distinguer entre la réclamation d'un employeur et celle d'un employé: il s'agit, dans chaque cas, d'une réclamation monétaire découlant d'une violation d'une disposition de la convention collective, et si l'une est de la compétence de l'arbitre, l'autre l'est aussi. Il n'y a pas lieu, non plus, suite à l'arrêt *General Motors of Canada*

[1977] 2 S.C.R. 537, for making a distinction between the "interpretation" or "application" of a collective agreement and a "violation" of the said agreement: they are simply two ways of looking at the same problem, and either may be a basis for a grievance. Accordingly, in a case like the one at bar, in which respondents are sued for damages for the violation of clauses in which they had undertaken there would not be a strike, the matter constitutes a grievance within the jurisdiction of the arbitrator.

Les Travailleurs Unis du Pétrole, Local 3 v. Pétrofina Canada Ltée, [1977] C.A. 348; *Le Syndicat National des Employés de Baie Comeau et al. v. La Société Canadienne de métaux Reynolds Ltée*, [1976] C.A. 26; *Fraternité Internationale des ouvriers en électricité v. Bédard-Girard Limitée*, [1969] Que. Q.B. 991; *Maluorni v. La Ville de Mont-Royal*, [1969] Que. Q.B. 922; *MacEachern v. Margaritis*, [1969] Que. Q.B. 481; *L'Association des policiers de la Cité de Giffard v. La Cité de Giffard*, [1968] Que. Q.B. 863, referred to; *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Imbleau et al. v. Laskin et al.*, [1962] S.C.R. 338, followed.

APPEAL from a judgment of the court of Appeal of Quebec[1], reversing a judgment of the Superior Court[2]. Appeal allowed.

Graham Nesbitt and *Stephen Halperin*, for the appellant.

Gino Castiglio, for the respondents.

English version of the judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—This appeal concerns the jurisdiction of an arbitrator to hear and dispose of a claim for damages by an employer as the result of an unlawful strike.

This strike occurred at Montreal between January 3 and 18, 1975. In the case of Local 1, appellant is claiming $302,600, and in the case of Local 2, $290,134, making a total of $592,734.

There were collective agreements between appellant and both unions, and both were concluded in 1973 to expire on January 31, 1976.

[1] [1978] C.A. 404.
[2] [1976] C.S. 474.

Ltd. c. Brunet, [1977] 2 R.C.S. 537, de faire une distinction entre «l'interprétation» ou «l'application» d'une convention collective, et une «violation» de ladite convention: il s'agit simplement de deux façons d'envisager les mêmes problèmes, et l'une comme l'autre donnent lieu à un grief. En conséquence, dans un cas comme celui-ci où les intimés sont recherchés en dommages pour violation des clauses par lesquelles ils se sont engagés à ce qu'il n'y ait pas de grève, il s'agit d'un grief de la compétence de l'arbitre.

Jurisprudence: *Les Travailleurs Unis du Pétrole, Local 3 c. Pétrofina Canada Ltée*, [1977] C.A. 348; *Le Syndicat National des Employés de Baie Comeau et al. c. La Société Canadienne de métaux Reynolds Ltée*, [1976] C.A. 26; *Fraternité Internationale des ouvriers en électricité c. Bédard-Girard Limitée*, [1969] B.R. 991; *Maluorni c. La Ville de Mont-Royal*, [1969] B.R. 922; *MacEachern c. Margaritis*, [1969] B.R. 481; *L'Association des policiers de la Cité de Giffard c. La Cité de Giffard*, [1968] B.R. 863; *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537 et *Imbleau et al. c. Laskin et al.*, [1962] R.C.S. 338 (arrêts suivis).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure[2]. Pourvoi accueilli.

Graham Nesbitt et *Stephen Halperin*, pour l'appelante.

Gino Castiglio, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi porte sur la compétence d'un arbitre à entendre et disposer d'une réclamation en dommages-intérêts par un employeur en raison d'une grève illégale.

Cette grève a eu lieu à Montréal entre le 3 et le 18 janvier 1975. Dans le cas du local 1, l'appelante réclame $302,600 et dans le cas du local 2, $290,134 formant un total de $592,734.

Il y avait entre l'appelante et les deux syndicats des conventions collectives, toutes deux intervenues en 1973 et expirant le 31 janvier 1976.

[1] [1978] C.A. 404.
[2] [1976] C.S. 474.

Each of the collective agreements contains a clause that there will not be any lockout or strike for the duration of the agreement.

The matter is dealt with in the first agreement by clause 14.01, which reads as follows:

STRIKES AND LOCKOUTS

14.01 It is agreed by the parties hereto, that there will be no strikes, lockouts, or slow-downs, partial or complete, during the life of this Agreement. No stoppage of work will occur due to any grievance. Work in the Department concerned must continue during settlement.

In the second, it is clause 21.01:

STRIKES AND LOCKOUTS

21.01 During the term of this Agreement, there shall be no strike or lockout.

In its own words, appellant based its claims on the violation of these clauses.

On March 3, 1975 appellant wrote each of the unions a letter setting out its claims and suggesting a meeting to select an arbitrator.

The unions refused primarily on the ground that these were not grievances "under the terms of the Collective Agreement and/or the Labour Code". The also raised other arguments, but these are not at issue in this Court.

In view of respondents' refusal, appellant wrote the Minister of Labour, who appointed the mis en cause arbitrator.

At the outset respondents challenged the jurisdiction of the arbitrator, who dismissed their objection and affirmed that he had jurisdiction. The Superior Court refused to issue a writ of evocation. The Court of Appeal reversed the trial judgment and ordered that the writ be issued.

The Court of Appeal in this regard followed the long established precedent that the violation of a provision of a collective agreement does not constitute a grievance, that is, under the definition of para. (*g*) of s. 1 of the *Labour Code*, a "disagreement respecting the interpretation or application

Chacune des conventions collectives contient une clause à l'effet qu'il n'y aura ni lock-out ni grève pendant la durée de la convention.

Dans la première convention c'est l'art. 14.01 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] GRÈVE ET LOCK-OUT

14.01 Il est convenu entre les parties aux présentes qu'il n'y aura pas de grève, de fermeture d'atelier, ni de ralentissement partiel ou complet pendant la durée de la convention. Le travail ne sera pas suspendu en raison d'un grief et devra se poursuivre pendant le règlement.

Dans la seconde c'est l'art. 21.01:

[TRADUCTION] GRÈVE ET LOCK-OUT

21.01 Il n'y aura pas de grève, ni de fermeture d'atelier (lock-out) pendant la durée de la présente convention.

C'est, suivant ses propres termes, sur la violation de ces clauses que l'appelante fonde ses réclamations.

Le 3 mars 1975 l'appelante adressait à chacun des syndicats une lettre énonçant ses prétentions et proposant une rencontre pour arrêter le choix d'un arbitre.

Les syndicats refusèrent pour le motif principal qu'il ne s'agissait pas de griefs «au sens du Code du Travail et/ou de la Convention collective». Ils soulevaient aussi d'autres moyens lesquels cependant ne sont pas en cause devant cette Cour.

Devant le refus des intimés l'appelante s'adressa au ministre du travail qui désigna l'arbitre mis en cause.

Les intimés contestèrent au départ la compétence de l'arbitre qui rejeta l'objection et affirma sa compétence. La Cour supérieure refusa la délivrance d'un bref d'évocation. La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance et ordonné la délivrance du bref.

La Cour d'appel a suivi en cela sa jurisprudence constante à l'effet que la violation d'une disposition de la convention collective ne constitue pas un grief, soit selon la définition du par. *g*) de l'art. 1 du *Code du travail* une «mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention

of a collective agreement", and that accordingly it does not fall within s. 88 of the Code, the first paragraph of which provides:

Every grievance shall be submitted to arbitration in the manner provided in the collective agreement if it so provides and the certified association and the employer abide by it; otherwise it shall be referred to an arbitrator chosen by the parties or, failing agreement, appointed by the Minister.

See, in particular the following decisions of the Court of Appeal: *Les Travailleurs Unis du Pétrole, Local 3 v. Pétrofina Canada Ltée*[3]; *Le Syndicat National des Employés de Baie Comeau et al. v. La Société Canadienne de métaux Reynolds Ltée*[4]; *Le Syndicat international des travailleurs des industries pétrolière, chimique et atomique, local 9-745 et al. v. B.P. Pétroles Limitée*, an unreported decision rendered on October 24, 1975, C.A.M. 09-000923-755; *Fraternité Internationale des ouvriers en électricité v. Bédard-Girard Limitée*[5]; *Maluorni v. La Ville de Mont-Royal*[6]; *MacEachern v. Margaritis*[7]; *L'Association des policiers de la Cité de Giffard v. La Cité de Giffard*[8].

As counsel for the respondents put it at the outset of this argument, the only question which arises in this case, is whether appellant's claim based on a violation of the aforementioned clauses of the collective agreements constitutes a grievance. If it does, the jurisdiction of the arbitrator must be affirmed.

Appellant cites the decision of this Court in *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*[9]. That case appears to me to be decisive.

In his opinion, concurred in by Dubé J.A., Casey J.A. does not deal with that case. Relying undoubtedly on the decisions of the Court of Appeal, he states:

I am satisfied that the claim is not a "grievance" and that since the decision goes to the Arbitrator's jurisdic-

[3] [1977] C.A. 348.
[4] [1976] C.A. 26.
[5] [1969] Que. Q.B. 991.
[6] [1969] Que. Q.B. 922.
[7] [1969] Que. Q.B. 481.
[8] [1968] Que. Q.B. 863.
[9] [1977] 2 S.C.R. 537.

collective», et que par conséquent ne s'y applique pas l'art. 88 du Code dont le premier alinéa décrète:

Tout grief doit être soumis à l'arbitrage en la manière prévue dans la convention collective si elle y pourvoit et si l'association accréditée et l'employeur y donnent suite; sinon il est déféré à un arbitre choisi par l'association accréditée et l'employeur ou, à défaut d'accord, nommé par le ministre.

Voir notamment les arrêts suivants de la Cour d'appel: *Les Travailleurs Unis du Pétrole, Local 3 c. Pétrofina Canada Ltée*[3]; *Le Syndicat National des Employés de Baie Comeau et al. c. La Société Canadienne de métaux Reynolds Ltée*[4]; *Le Syndicat international des travailleurs des industries pétrolière, chimique et atomique, local 9-745 et al. c. B.P. Pétroles Limitée*, arrêt non publié, prononcé le 24 octobre 1975, C.A.M. 09-000923-755; *Fraternité Internationale des ouvriers en électricité c. Bédard-Girard Limitée*[5]; *Maluorni c. La Ville de Mont-Royal*[6]; *MacEachern c. Margaritis*[7]; *L'Association des policiers de la Cité de Giffard c. La Cité de Giffard*[8].

C'est, comme l'a exprimé le procureur des intimés, au début de sa plaidoirie, la seule question qui se pose dans cette affaire, à savoir si la réclamation de l'appelante fondée sur la violation des clauses précitées des conventions collectives constitue un grief. Dans l'affirmative la compétence de l'arbitre doit être reconnue.

L'appelante invoque l'arrêt de cette Cour dans *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*[9]. Cet arrêt me paraît déterminant.

Dans son opinion que partage le juge Dubé, le juge Casey ne traite pas de cet arrêt. S'appuyant sans doute sur la jurisprudence de la Cour d'appel il écrit:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la réclamation ne constitue pas un «grief» et que, puisque la décision

[3] [1977] C.A. 348.
[4] [1976] C.A. 26.
[5] [1969] B.R. 991.
[6] [1969] B.R. 922.
[7] [1969] B.R. 481.
[8] [1968] B.R. 863.
[9] [1977] 2 R.C.S. 537.

tion it is subject to judicial review, i.e. it is evocable.

Monet J.A., whose opinion Dubé J.A. also concurred in, arrived at his conclusion that the arbitrator lacked jurisdiction by, in my view, adopting an erroneous interpretation of that case. I would first note the following passage:

[TRANSLATION] Where implementation of the remedies is concerned, in *Brunet* an employee was claiming to have rights enforceable against his employer, essentially as a result of provisions of the collective agreement. In the case under consideration, it is an employer who claims to have suffered damages caused by associations of employees as the result of an unlawful strike.

I do not see any basis for this distinction between the claim of an employer and that of an employee. Each case involves a monetary claim resulting from the violation of a provision of the collective agreement, and if one is within the arbitrator's jurisdiction, so is the other.

Monet J.A. went on to say:

[TRANSLATION] As the facts alleged in the motion for evocation are assumed to have been proven, it cannot be argued at this stage that the obligations of appellants, alleged by the mis-en-cause, derive exclusively from the collective agreements.

This passage appears to mean that, in *Brunet* (*supra*), this Court found that the arbitrator had jurisdiction because the action was based exclusively on the collective agreement, and that if it had not been then the arbitrator would not have had jurisdiction. That is definitely not what was held: rather, the Court held that the employee had no recourse in the civil courts because the rights which he was relying on derived exclusively from the collective agreement and had no other source.

In the following passage cited by this Court at pp. 541 and 542, Gagnon J.A., dissenting in the Court of Appeal, said the following:

[TRANSLATION] Respondent has taken action against appellant because, after he requested a job which would be suited to his state of health and physical capabilities, appellant refused to place him in a new position "as it is bound to do by the collective agreement governing relations between the parties". Appellant, maintaining that

relève de la compétence de l'arbitre, elle peut faire l'objet de contrôle judiciaire; en d'autres termes, elle est évocable.

Le juge Monet dont le juge Dubé partage également l'opinion, pour conclure à l'absence de compétence de l'arbitre, procède à mon sens d'une interprétation erronée de cet arrêt. Je note d'abord le passage suivant:

Sur le plan de la mise en œuvre des recours, dans l'affaire Brunet c'est un salarié qui prétendait avoir des droits à faire valoir contre son employeur, et ce essentiellement par application des stipulations de la convention collective. Dans le cas à l'étude, c'est un employeur qui prétend avoir subi des dommages-intérêts causés par des associations d'employés en conséquence d'une grève illégale.

Rien ne me paraît justifier cette distinction entre la réclamation d'un employeur et celle d'un employé. Il s'agit dans chaque cas d'une réclamation monétaire découlant d'une violation d'une disposition de la convention collective et si l'une est de la compétence de l'arbitre, l'autre l'est aussi.

Le juge Monet écrit ensuite:

Les faits allégués dans la requête en évocation étant tenus pour avérés, on ne saurait prétendre à ce stade-ci que les obligations des appelants, alléguées par la mise-en-cause, procèdent exclusivement des conventions collectives.

Ce passage semble signifier que, dans l'arrêt *Brunet* (*supra*), cette Cour aurait conclu à la compétence de l'arbitre parce que le recours était fondé exclusivement sur la convention collective et que s'il n'en avait pas été ainsi l'arbitre n'aurait pas eu compétence. Ce n'est pas cela du tout qui a été décidé mais bien plutôt que l'employé n'avait pas de recours devant les tribunaux civils parce que les droits qu'il invoquait découlaient exclusivement de la convention collective et n'avaient leur source nulle part ailleurs.

Dans le passage suivant cité par cette Cour aux pp. 541 et 542, le juge Gagnon, dissident en Cour d'appel, s'exprimait ainsi:

L'intimé poursuit l'appelante parce que lui ayant demandé un emploi qui serait convenable à son état de santé et ses capacités physiques, l'appelante refuse de l'intégrer à une nouvelle fonction «telle qu'elle est obligée selon la convention collective régissant les relations entre les parties». L'appelante, tout en soutenant que

respondent did not use his right to grieve and that the Superior Court had no jurisdiction, denied the allegations of fact which would open the way to application of the collective agreement. Therefore, in my opinion there was a disagreement about the application of the provisions of the collective agreement to respondent's case.

It is true that only extracts from the collective agreement were printed in the case, and that the provisions on which respondent bases his right to be assigned to a new job and to be reinstated are not found in these extracts, but respondent himself quite clearly bases his remedy on the collective agreement which must then be interpreted and applied.

I do not want to dwell on a sore point unnecessarily, and I would pay no attention if I thought that respondent had made a mistake, but I observe that he brought an action against his union as well. He alleged that a grievance was filed and taken at least as far as the department head, and that he informed the president of the union of his "intentions to take advantage of the rights conferred on him by the collective agreement", and he brought an action against the union in damages because it refused or neglected to support his grievance. Respondent was right in believing that this was a grievance.

It is therefore beyond the shadow of a doubt the collective agreement alone on which respondent bases his action, and I do not see how he could contend that he was exercising a separate remedy conferred on him by his individual employment contract, nor that he has a direct remedy in an ordinary court of law, because his union, which is his mandatary, did not take his grievance to the subsequent stages of the grievance procedure, including arbitration, provided by the collective agreement.

Pigeon J., speaking for the whole Court, went on to say:

This reasoning appears to me unassailable. To admit of a right to go to the Superior Court instead of having recourse to arbitration whenever a sum of money is claimed under a collective agreement would make totally ineffective the provision of s. 88 of the *Labour Code* . . .

Brunet (*supra*) has more to say: in it the unanimous opinion of the Court is clearly stated that there is no basis for the distinction between the "interpretation" or "application" and a "violation" of the agreement on which the decisions of the

l'intimé ne s'est pas prévalu de son droit de loger un grief et que la Cour supérieure n'a pas juridiction, nie les allégations de fait qui donneraient ouverture à l'application de la convention collective. Il y a donc, à mon avis, mésentente sur l'application au cas de l'intimé des dispositions de la convention collective.

Il est vrai que l'on n'a reproduit au dossier que des extraits de la convention collective et qu'on ne retrouve pas dans ces extraits les dispositions sur lesquelles l'intimé appuie son droit à l'assignation à une nouvelle tâche et à sa réintégration, mais c'est l'intimé lui-même qui fonde son recours, sans la moindre ambiguïté, sur la convention collective qu'il faudrait donc interpréter et appliquer.

Je ne voudrais pas tourner inutilement le fer dans la plaie et je n'en tiendrais pas compte si je croyais que l'intimé avait fait erreur, mais je constate que celui-ci poursuit en même temps son syndicat. Il allègue qu'un grief a été logé et acheminé au moins jusqu'au surintendant de son département et qu'il a informé le président du syndicat de son «intention de se prévaloir des droits que lui conférait la convention collective» et il recherche l'association en dommages parce qu'elle a refusé ou négligé d'appuyer son grief. L'intimé avait raison de croire qu'il s'agissait bien d'un grief.

C'est donc, sans l'ombre d'un doute, sur la convention collective et uniquement sur elle que l'intimé appuie ses procédures et je ne vois pas comment il pourrait prétendre qu'il exerce un recours distinct qui lui résulterait de son contrat individuel de travail, ni qu'il a un recours direct à un tribunal de droit commun, parce que son syndicat, qui est son mandataire, n'a pas poussé son grief jusqu'aux étapes subséquentes de la procédure de griefs, y compris l'arbitrage, prévues par la convention collective.

Le juge Pigeon au nom de toute la Cour enchaîne:

Ce dernier raisonnement me paraît inattaquable. Reconnaître le droit de s'adresser à la Cour supérieure au lieu de recourir à l'arbitrage chaque fois que l'on réclame une somme d'argent en vertu d'une convention collective rendrait illusoire la disposition de l'art. 88 du *Code du travail* . . .

L'arrêt *Brunet* (*supra*) contient davantage et l'on y trouve exprimée nettement l'opinion unanime de la Cour que ne peut être retenue la distinction entre «l'interprétation» ou «l'application» et une «violation» de la convention sur

Court of Appeal mentioned above are based. Pigeon J. wrote at p. 551:

> In my opinion, no distinction can be made between a dispute relating to the "application" of an agreement and a dispute relating to its "violation", because these are simply two way of looking at the same problem.

Elsewhere the Court has affirmed the jurisdiction of an arbitration tribunal to hear a claim for damages resulting from an unlawful strike held in a violation of a collective agreement. See *Imbleau et al. v. Laskin et al.*[10], in which the collective agreement contained the following clause:

> 8.01 The union agrees that during the life of the agreement there will be no strike and the company agrees that there will be no lockout.

The statute in question was the *Industrial Relations and Disputes Investigations Act*, R.S.C. 1952, c. 152. Section 19(1) was similar to s. 125(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, referred to below, but differed from the provisions of the Quebec *Labour Code*, and this is why in *B. P. Pétroles Limitée* (*supra*) the Court of Appeal did not think it appropriate to refer to it.

Comparing the provisions of the Quebec *Labour Code*, the *Canada Labour Code* and the Ontario statute, *The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, Pigeon J. said the following in *Brunet* (*supra*) at pp. 550 and 551, a passage from which the extract cited above is taken relating to the distinction between the "application" and "violation" of an agreement:

> This brings me to the submission of counsel for the plaintiff on the interpretation of s. 88 of the *Labour Code*. He noted that the first paragraph of the law of Ontario concerning the compulsory arbitration of grievances under a collective agreement (*The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, s. 37) reads as follows:
>
> 37. (1) 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,

[10] [1962] S.C.R. 338.

laquelle repose la jurisprudence de la Cour d'appel mentionnée plus haut. Le juge Pigeon écrit à la p. 551:

> A mon avis, on ne saurait établir une distinction entre un différend relatif à «l'application» d'une convention et un différend relatif à sa «violation» parce qu'il s'agit simplement de deux façons d'envisager les mêmes problèmes.

Ailleurs on a affirmé la compétence d'un tribunal d'arbitrage à connaître d'une réclamation en dommages découlant d'une grève illégale déclenchée en violation d'une convention collective. Voir *Imbleau et al. c. Laskin et al.*[10], où la convention collective contenait la clause suivante:

> [TRADUCTION] 8.01 Le syndicat accepte de ne pas lancer d'ordre de grève pendant la durée de la convention et la compagnie s'engage à ne pas faire de lock-out pendant cette même période.

Il s'agissait de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail* (S.R.C. 1952, c. 152). L'article 19(1) était semblable à l'art. 125(1) du *Code canadien du travail* (S.R.C. 1970, c. L-1) dont il sera question plus loin, mais différent des dispositions du *Code du travail* du Québec et c'est pourquoi la Cour d'appel dans *B P Pétroles Limitée* (*supra*) n'a pas cru à propos de s'en inspirer.

Comparant les dispositions du *Code du travail* du Québec, du *Code canadien du travail* et de la loi de l'Ontario *The Labour Relations Act* (R.S.O. 1970, c. 232), voici ce qu'écrit le juge Pigeon aux pp. 550 et 551 de l'arrêt *Brunet* (*supra*), passage d'où est tiré l'extrait déjà cité relatif à la distinction entre «l'application» et la «violation» d'une convention:

> Ceci m'amène à traiter de l'argument formulé par l'avocat du demandeur sur l'interprétation de l'art. 88 du *Code du travail*. Il a signalé que le premier paragraphe de l'article de la loi de l'Ontario concernant l'arbitrage obligatoire des griefs découlant d'une convention collective (*The Labour Relations Act*, R.S.O. 1970, c. 232, art. 37) se lit comme suit:
>
> [TRADUCTION] 37. (1) Toute convention collective doit contenir une disposition pour le règlement définitif et obligatoire par arbitrage, sans suspension de travail, de tous différends entre les parties découlant

[10] [1962] R.C.S. 338.

administration or alleged violation of the agreement, including any question as to whether a matter is arbitrable.

It may be seen that this text, after mentioning, as in the definition of "grievance" in the *Labour Code*, the "interpretation" and the "application" of the collective agreement, refers to the "administration or alleged violation". It is argued that the matter here is an alleged violation, and therefore is not covered by the Quebec statute. In my opinion, this reasoning is fundamentally unsound. The *Labour Code* is not copied from the Ontario statute or from those of other provinces to the same effect, any more than from the *Canada Labour Code* (R.S.C. 1970, c. L-1) where one reads:

125. (1) Every collective agreement shall contain a provision for final settlement without stoppage of work, by arbitration or otherwise, of all differences between the parties to or persons bound by the agreement or on whose behalf it was entered into, concerning its meaning or violation.

Is it to be argued that under the federal Code a dispute over the application of a collective agreement does not come within the scope of this provision, because violations only are mentioned? In my opinion, no distinction can be made between a dispute relating to the "application" of an agreement and a dispute relating to its "violation", because these are simply two ways of looking at the same problem. There can be no question of violation of the collective agreement if it has no application. Here, it is clear that what plaintiff claims is the application of the provisions of the collective agreement. If the case were to be dealt with under the federal Code, the reasoning of counsel for the plaintiff would lead him to argue that it is a dispute concerning not the violation of the collective agreement, but its application.

What this means is that the differences in wording of these provisions do not have the importance they appear to have been given and that, in short, the latter have the same general application. Thus, *Imbleau*(*supra*) is relevant even in light of s. 88 of the Quebec *Labour Code*.

In view of *Brunet* (*supra*) and *Imbleau* (*supra*), and for the reasons stated, therefore, I conclude that in a case like the one at bar, in which respondents are sued for damages for the violation of clauses in which they had undertaken there would not be a strike, the matter constitutes a grievance within the jurisdiction of the arbitrator.

de l'interprétation, l'application, l'administration ou la prétendue violation de la convention, y compris la question de savoir si un point est arbitrable.

On voit que dans ce texte, après la mention comme dans la définition de «grief» au *Code du travail*, de «l'interprétation et l'application» de la convention collective, on trouve «l'administration ou la prétendue violation». Ici, soutient-on, il s'agit de prétendue violation et par conséquent, ce n'est pas visé par le texte québécois. A mon avis, ce raisonnement pèche par la base. Le *Code du travail* n'est pas calqué sur la loi de l'Ontario ni sur celle des autres provinces au même effet, pas plus que sur le *Code canadien du travail* (S.R.C. 1970, c. L-1) où on lit:

125. (1) Toute convention collective doit contenir une disposition pour le règlement définitif, sans suspension de travail, par arbitrage ou autrement, de tous différends entre les parties à la convention ou entre les personnes liées par cette dernière ou au nom de qui la convention a été conclue, concernant le sens ou la violation de la convention.

Va-t-on prétendre que sous le Code fédéral, il faut exclure de la portée de cette disposition un différend sur l'application d'une convention collective, parce qu'on n'y parle que de violation? A mon avis, on ne saurait établir une distinction entre un différend relatif à «l'application» d'une convention et un différend relatif à sa «violation» parce qu'il s'agit simplement de deux façons d'envisager les mêmes problèmes. Il ne peut pas être question de violation de la convention collective si elle est sans application. Ici, il est indubitable que ce que le demandeur réclame c'est l'application des dispositions de la convention collective. Si l'affaire devait être tranchée sous le Code fédéral, le raisonnement de l'avocat du demandeur l'amènerait à soutenir que ce n'est pas un différend concernant la violation de la convention collective, mais son application.

C'est dire que les différences de rédaction de ces dispositions n'ont pas l'importance qu'on a pu leur prêter et que celles-ci ont en somme la même portée générale. Ainsi l'arrêt *Imbleau* (*supra*) est pertinent même en regard de l'art. 88 du *Code du travail* du Québec.

A la lumière de l'arrêt *Brunet* (*supra*) ainsi que de l'arrêt *Imbleau* (*supra*) et pour les raisons exposées j'en viens donc à la conclusion que dans un cas comme celui-ci où les intimés sont recherchés en dommages pour violation des clauses par lesquelles ils se sont engagés à ce qu'il n'y ait pas de grève, il s'agit d'un grief de la compétence de l'arbitre.

Did appellant have the option, as its counsel contended, to proceed in the Superior Court because its action was not derived exclusively from the collective agreement but also from s. 95 of the *Labour Code*? This section reads as follows:

95. It is forbidden to strike during the period of a collective agreement, unless the agreement contains a clause permitting the revision thereof by the parties and the conditions prescribed in the preceding section have been observed.

It is not necessary to answer this question for the purposes of this appeal, and I think it would be better not to do so since it is in no way before the Court.

Does this also mean that if the collective agreement did not contain a clause like those contained in the agreements at issue there would not be a grievance, and the unlawful strike would then constitute an infringement of s. 95 of the Code, but not a violation of the collective agreement? This question is also not raised by the facts of this appeal, and for the same reasons as the preceding question I do not feel I should answer it.

Counsel for the respondents argued that the insertion in the agreement of a provision to the same effect as s. 95 of the Code cannot have the effect of transferring to the arbitrator a jurisdiction which would otherwise, in his submission, belong to the civil courts. In his factum he wrote:

[TRANSLATION] The fact that the parties saw fit in their collective agreement to reiterate what the Act had already made a requirement in no way alters the situation.

I doubt the validity of this statement, because unlike s. 95, which enacts a general prohibition directed at the employees just as much as, if not more than, it is directed at the Union as a distinct entity, the clause inserted in the agreement constitutes an undertaking by the union that it will not initiate a strike, and it will be understood that the evidence necessary to succeed may not be the same in both cases.

In support of this statement, counsel for the respondents cites an unreported decision of the

L'appelante aurait-elle pu, comme l'a soutenu son procureur, à son choix poursuivre devant la Cour supérieure parce que son recours ne découlerait pas exclusivement de la convention collective mais aussi de l'art. 95 du *Code du travail*? Cet article se lit comme suit:

95. La grève est prohibée pendant la durée d'une convention collective, à moins que celle-ci ne renferme une clause en permettant la révision par les parties et que les conditions prescrites à l'article précédent n'aient été observées.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question pour les fins de ce pourvoi et il me paraît préférable de ne pas le faire puisqu'elle ne se soulève aucunement.

Est-ce à dire par ailleurs que si la convention collective ne contenait pas de clause comme celles contenues dans les conventions en cause il ne s'agirait pas d'un grief, la grève illégale constituant alors une infraction à l'art. 95 du Code mais non une violation de la convention collective? Cette question non plus n'est pas soulevée par les faits de ce pourvoi et pour les mêmes motifs que pour la question précédente je ne crois pas devoir y répondre.

Le procureur des intimés a plaidé que l'insertion dans la convention d'une disposition au même effet que l'art. 95 du Code ne peut avoir comme conséquence de transférer à l'arbitre une compétence qui autrement, selon lui, appartiendrait aux tribunaux civils. Il écrit dans son factum:

Que les parties aient jugé bon dans leur convention collective de réitérer ce que la Loi édictait déjà de façon obligatoire, ne change rien à la situation.

Je doute de la justesse de cet énoncé car à la différence de l'art. 95 qui édicte une prohibition générale qui s'adresse tout autant sinon davantage aux salariés qu'au syndicat comme entité distincte, la clause insérée dans la convention constitue un engagement du syndicat à ce qu'il n'y ait pas de grève et l'on peut concevoir que la preuve requise pour réussir ne soit pas la même dans les deux cas.

Au soutien de cet énoncé le procureur des intimés cite un arrêt non publié de la Cour d'appel en

Court of Appeal dated December 15, 1978, *Les Ateliers d'ingénierie Dominion Ltée v. La Commission des droits de la personne du Québec et al.*, C.A.M. 500-09-000337-782, which appears to me to have no bearing on the case at bar. That case did not involve a decision as to the jurisdiction of an arbitration tribunal. It was concerned with determining whether the fact of inserting in the collective agreement a clause prohibiting discrimination in terms approximating the provisions of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, 1975 S.Q., c. 6, and thus of allowing recourse to arbitration if necessary, had the effect of excluding the specific remedy provided for in the Charter. Concluding that the rights relied on did not derive exclusively from the collective agreement, and referring to *Brunet* (*supra*), the Court of Appeal held that recourse to the Human Rights Commission was not excluded. Jacques J. (*ad hoc*) observed:

[TRANSLATION] So far as the recourse to arbitration is concerned, it should be noted that in *General Motors v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, the Supreme Court held that recourse to the common law courts was excluded when the right sought to be established derived *exclusively* from the collective agreement.

The fact that a provision has been inserted in a collective agreement which merely repeats an identical provision in a statute does not thereby deprive an individual of a specific and distinct statutory remedy associated with that provision by the statute.

The Court of Appeal was even of the opinion that in this case both remedies could co-exist without risk of contradiction in the outcome, and Jacques J. observed:

[TRANSLATION] So far as the possibility of contrary decisions is concerned, I think that it is non-existent.

It should perhaps be pointed out that in that case the judgment does not indicate that the employees both resorted to the grievance procedure and submitted a complaint to the Commission. The case only concerns the latter remedy and a complaint of dismissal for union activity, which is quite another thing.

I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and dismiss the motion for a writ of evocation, with costs.

date du 15 décembre 1978, *Les ateliers d'ingénierie Dominion Ltée c. La Commission des droits de la personne du Québec et al.*, C.A.M. 500-09-000337-782, qui ne me paraît avoir aucune portée sur le présent litige. Il ne s'agissait pas de déterminer la compétence d'un tribunal d'arbitrage. Il s'agissait de déterminer si le fait d'insérer dans la convention collective une clause prohibant la discrimination en se rapprochant des dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* (1975 L.Q., c. 6), et ainsi de permettre le recours à l'arbitrage le cas échéant, avait pour effet d'exclure le recours spécifique prévu à la Charte. Concluant que les droits invoqués ne découlaient pas exclusivement de la convention collective et se fondant sur l'arrêt *Brunet* (*supra*), la Cour d'appel a décidé que le recours à la Commission des droits de la personne n'était pas exclu. Le juge Jacques (*ad hoc*) écrit:

Quant au recours à l'arbitrage, il faut rappeler que la Cour suprême a décidé dans l'affaire de *General Motors v. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, que le recours aux tribunaux de droit commun était exclu lorsque le droit que l'on cherche à faire valoir découle *exclusivement* de la convention collective.

Ce n'est pas parce qu'on a inséré dans une convention collective une disposition qui ne fait que répéter une disposition identique d'une loi que l'on peut ainsi priver une personne d'un recours statutaire spécifique et distinctif dont cette loi assortit cette disposition.

La Cour d'appel était même d'avis que dans ce cas les deux recours pouvaient coexister sans risque de contradiction dans les résultats et le juge Jacques écrit:

Quant à la possibilité de contrariété de décision, il me semble qu'il ne peut en exister.

Il convient peut-être de signaler que dans l'espèce le jugement n'indique pas que les salariés aient à la fois eu recours à la procédure de grief et soumis une plainte à la Commission. Il n'est question que de ce dernier recours et d'une plainte de renvoi pour activité syndicale qui est une toute autre chose.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et de rejeter la requête pour délivrance d'un bref d'évocation, avec dépens.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montreal.

Solicitors for the respondents: Jasmin, Rivest, Castiglio, Castiglio & Lebel, Montreal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés: Jasmin, Rivèst, Castiglio, Castiglio & Lebel, Montréal.

Phillip G. Hopp (*Defendant*) *Appellant*;

and

Aron E. Lepp (*Plaintiff*) *Respondent.*

1980: March 20; 1980: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Physicians and surgeons — Negligence and battery — Informed consent — Duty of disclosure — First operation — Routine disc operation — Seriousness of operation — Special and unusual risks — Specific questions by patient.

The appellant is an orthopedic surgeon practising in Lethbridge, Alberta. He had performed a disc operation on the respondent, having first obtained his formal signed consent. A myelogram had disclosed a block in the spinal canal and the appellant had removed a portion of the disc between the third and fourth lumbar vertebrae (the operation is known as a hemilaminectomy). An X-ray confirmed that the blockage had been removed. Subsequently, with the respondent not improving as expected, it was determined that a blockage still existed and the appellant referred the respondent to a neurologist in Calgary who discovered a complete blockage between the third and fourth vertebrae. A Calgary neurosurgeon was called in who performed an extensive decompressive laminectomy from the second to the fifth lumbar vertebrae. This operation, involving considerable exploring, revealed a large chunk of extruded disc material between the third and fourth lumbar vertebrae, and it was removed. The respondent, who was left with permanent disability, sued the appellant for damages sounding in negligence and in battery. The trial judge dismissed the action in so far as it was founded on negligence—there was no appeal with respect to that finding—and dismissed it also on the second branch of the respondent's claim. The Court of Appeal, by a majority, allowed the appeal, holding that the consent given to the operation was not an informed consent and hence there was an unlawful invasion of the respondent's bodily security, a battery or assault. It awarded damages of $15,000.

Held: The appeal should be allowed.

The main issue argued before this Court was whether there was informed consent. A patient's consent will give protection to his surgeon or physician only if the patient

Phillip G. Hopp (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Aron E. Lepp (*Demandeur*) *Intimé.*

1980: 20 mars; 1980: 20 mai.

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

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

Médecins et chirurgiens — Négligence et voies de fait — Consentement éclairé — Devoir de divulgation — Première opération — Opération discale courante — Gravité de l'opération — Risques particuliers et inhabituels — Questions précises du patient.

L'appelant est un chirurgien-orthopédiste qui pratique à Lethbridge (Alberta). Il a pratiqué une opération discale sur l'intimé après avoir obtenu son consentement écrit. Un myélogramme avait révélé un blocage méningé et l'appelant a enlevé une partie du disque entre la troisième et quatrième vertèbre lombaire (l'opération est connue sous le nom d'hémilaminectomie). Des rayons-X ont confirmé que l'opération avait éliminé le blocage. Par la suite, comme l'état de l'intimé ne s'améliorait pas comme prévu, on a établi qu'un blocage subsistait et l'appelant a référé l'intimé à un neurologue de Calgary qui a découvert un blocage complet entre la troisième et la quatrième vertèbre. On a alors fait appel à un neurochirurgien qui a pratiqué une laminectomie complète (décompression) de la deuxième à la cinquième vertèbre lombaire. Cette opération qui exigeait une exploration considérable a révélé une grande portion de matière discale herniée entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire et on l'a enlevée. L'intimé qui est depuis atteint d'une incapacité permanente a poursuivi l'appelant en dommages-intérêts fondés sur la négligence et les voies de fait. Le juge de première instance a rejeté l'action dans la mesure où elle était fondée sur la négligence—il n'y a pas eu d'appel de cette décision—et l'a aussi rejetée sur la deuxième branche de la réclamation de l'intimé. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel, jugeant que le consentement à l'opération n'était pas un consentement éclairé et qu'il y a donc eu une atteinte illégale à la sécurité corporelle de l'intimé, soit des voies de fait. Elle a accordé $15,000 à titre de dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La principale question plaidée devant cette Cour est celle de savoir si le consentement était éclairé. Le consentement d'un patient ne protégera son chirurgien ou

has been sufficiently informed to enable him to make a choice whether or not to submit to the surgery. The issue of informed consent is at bottom a question whether there is a duty of disclosure, and, if so, the extent or scope of the duty.

In the present case, there were three aspects to this issue. 1) Did the appellant have the duty to tell the respondent that it would be his first such operation after obtaining his specialist licence and entering private practice? The trial judge held correctly that the appellant was fully qualified and was under no obligation to tell the respondent that this was his first operation, when it was clear that he was not inexperienced. 2) Did the appellant have the duty to tell the respondent that if there were complications he would not be able to call on any neurologist or neurosurgeon in Lethbridge because there were none there at the time? Here, the expert evidence was that the operation was a routine disc operation and could be performed as well in Lethbridge as in Calgary, and the trial judge correctly held that although there was a possibility of complications as there is in any operation, there was no probability of that, and where there is no special or unusual risk involved, the surgeon or physician is not obliged to alert the patient. 3) What is the duty of disclosure of the appellant with respect to the seriousness of the operation? Here, the respondent's own evidence shows that the question of the seriousness was subsumed in the issue of the appellant's qualifications and in whether the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary.

If no specific questions are put as to possible risks, the surgeon is under no obligation to tell the patient that there are possible risks since there are such risks in any operation. The decided cases appear to indicate that a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case. Here, there was no reason for this Court to disagree with the findings of the trial judge.

Parmley v. Parmley and Yule, [1945] S.C.R. 635; *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965), 53 D.L.R. (2d) 436; *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191; *Kenny v. Lockwood*, [1932] O.R.

médecin que s'il a été suffisamment renseigné pour lui permettre de choisir de subir ou de refuser l'opération. La question du consentement éclairé est au fond une question de savoir s'il y a un devoir de divulguer et, dans l'affirmative, l'étendue ou la portée de ce devoir.

En l'espèce, cette question se divise en trois branches. 1) Etait-il du devoir de l'appelant de dire à l'intimé que ce serait sa première opération de cette nature depuis l'obtention de son diplôme de spécialiste et l'ouverture de son cabinet? Le juge de première instance a correctement statué que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'avait pas l'obligation de dire à l'intimé que c'était sa première opération lorsqu'il a manifestement acquis de l'expérience. 2) Etait-il du devoir de l'appelant de dire à l'intimé qu'en cas de complications, il ne pourrait pas consulter de neurologue ou de neurochirurgien à Lethbridge puisqu'il n'y en avait pas sur place à l'époque? Ici les témoignages d'experts ont indiqué qu'il s'agissait d'une opération discale courante et qu'elle pouvait être effectuée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary, et le juge de première instance a correctement statué que même s'il y avait une possibilité de complications comme il y en a dans toute opération, il n'y avait aucune probabilité à cet égard, et aucun risque particulier ou inhabituel n'exigeait que le neurochirurgien prévienne le patient. 3) Quel est le devoir de divulgation de l'appelant à l'égard de la question de la gravité de l'opération? Ici le témoignage même de l'intimé montre que la question de la gravité de l'opération envisagée était comprise dans la question de la compétence de l'appelant et dans celle de savoir si l'opération pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Si aucune question précise ne porte sur les risques possibles, le chirurgien n'a aucune obligation de dire au patient qu'il existe des risques possibles puisque de tels risques se retrouvent dans toute opération. La jurisprudence indique qu'un chirurgien devrait, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et devrait, sans qu'on le questionne, lui révéler la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier. En l'espèce, il n'y avait aucune raison pour que cette Cour soit en désaccord avec les conclusions du juge de première instance.

Jurisprudence: *Parmley c. Parmley et Yule*, [1945] R.C.S. 635; *Halushka v. University of Saskatchewan* (1965), 53 D.L.R. (2d) 436; *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191; *Kenny v. Lockwood*,

141; *Nocton v. Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Hedley Byrne v. Heller*, [1964] A.C. 465; *Canterbury v. Spence* (1972), 464 F. 2d 772; *Male v. Hopmans* (1967), 64 D.L.R. (2d) 105; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta[1], allowing the appeal by the respondent of the judgment of the Supreme Court of Alberta. Appeal allowed.

J. C. Major, Q.C., and *F. Dearlove*, for the appellant.

J. N. Le Grandeur, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal, which is here by leave of this Court, concerns the liability of the appellant doctor, an orthopedic surgeon practising in Lethbridge, Alberta, for damages sounding in negligence and in battery. He had performed a disc operation on the plaintiff, then sixty-six years of age, on March 20, 1974, having first obtained the plaintiff's formal signed consent. The operation was competently performed. It was preceded by a myelogram on March 13, 1974, which disclosed a block in the spinal canal, confirming a diagnosis made by the plaintiff's family physician and also by the appellant who had been called in for consultation.

The defendant had removed a portion of the disc between the third and fourth lumbar vertebrae (the operation was known as a hemilaminectomy) and a subsequent probe of the area satisfied the appellant that the spinal cord could be freely manipulated and that, consequently, the plaintiff would be relieved of his prior symptoms and the pain which first afflicted him on his return to Lethbridge on February 25, 1974, from a motor trip. An X-ray on March 25, 1974, confirmed the appellant that the blockage disclosed by the myelogram had been removed by the operation.

Subsequently, with the plaintiff not improving as expected, it was determined that a blockage still existed and the appellant referred the plaintiff to a

[1] (1979), 15 A.R. 472.

[1932] O.R. 141; *Nocton v. Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Hedley Byrne v. Heller*, [1964] A.C. 465; *Canterbury v. Spence* (1972), 464 F. 2d 772; *Male v. Hopmans* (1967), 64 D.L.R. (2d) 105; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a accueilli un appel interjeté par l'intimé du jugement de la Cour suprême de l'Alberta. Pourvoi accueilli.

J. C. Major, c.r., et *F. Dearlove*, pour l'appelant.

J. N. Le Grandeur, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, vise la responsabilité en dommages-intérêts du médecin appelant, un chirurgien-orthopédiste qui pratique à Lethbridge (Alberta), fondée sur la négligence et les voies de fait. Il a pratiqué une opération discale sur le demandeur, alors âgé de soixante-six ans, le 20 mars 1974, après avoir obtenu son consentement écrit. L'opération a été pratiquée selon les règles de l'art. Un myélogramme fait le 13 mars 1974 avait révélé un blocage méningé, confirmant le diagnostic du médecin de famille du demandeur ainsi que celui de l'appelant qui avait été consulté.

Le défendeur a enlevé une partie du disque entre la troisième et quatrième vertèbre lombaire (l'opération est connue sous le nom d'hémilaminectomie) et une exploration subséquente de la région a convaincu l'appelant que la moelle épinière pouvait être manipulée librement et que, conséquemment, le demandeur serait soulagé de ses symptômes antérieurs et de la douleur qui l'a affligé pour la première fois à son retour à Lethbridge, le 25 février 1974, après un voyage en automobile. Des rayons-X pris le 25 mars 1974 ont confirmé à l'appelant que l'opération avait éliminé le blocage révélé par le myélogramme.

Par la suite, comme l'état du demandeur ne s'améliorait pas comme prévu, on a établi qu'un blocage subsistait et l'appelant a référé le deman-

[1] (1979), 15 A.R. 472.

neurologist in Calgary who, after examination and a myelogram, discovered a complete blockage between the third and fourth lumbar vertebrae. A Calgary neurosurgeon was called in who, on April 27, 1974, performed an extensive decompressive laminectomy from the second to the fifth lumbar vertebrae. This operation, involving considerable exploring, revealed a large chunk of extruded disc material between the third and fourth lumbar vertebrae, and it was removed. The trial judge found that this extruded material only became apparent because of the extensive and exploratory nature of the second operation and, if present when the appellant performed the much less complex operation, it was not unreasonable that it would not have become apparent to him.

Unfortunately, as the trial judge has found, the plaintiff has been left with permanent disabilities because of permanent damage to certain nerves in the nerve root canal. However, the trial judge found that there was no negligence on the appellant's part either in his diagnosis or in deciding, on the basis thereof, to perform the particular operation that he did perform. Nor was there any negligence in the post operative care and treatment of the plaintiff, nor was it unreasonable for the appellant to wait as long as he did, about a month, before calling in other specialists. Accordingly, he dismissed the action in so far as it was founded on negligence. The findings and conclusion of the trial judge on this branch of the case were not questioned in the Alberta Appellate Division (now known as the Alberta Court of Appeal). That Court, by a majority, differed, however, with the trial judge on his dismissal of the action on the second branch of the plaintiff's claim, holding, that the consent given to the operation was not an informed consent and hence there was an unlawful invasion of the plaintiff's bodily security, a battery or an assault. It awarded damages of $15,000.

Whether there was informed consent was the main issue argued in this Court. It is an issue that comes before this Court for the first time. The

deur à un neurologue de Calgary qui, après un examen et un myélogramme, a découvert un blocage complet entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire. On a alors fait appel à un neurochirurgien qui, le 27 avril 1974, a pratiqué une laminectomie complète (décompression) de la deuxième à la cinquième vertèbre lombaire. Cette opération qui exigeait une exploration considérable a révélé une grande portion de matière discale herniée entre la troisième et la quatrième vertèbre lombaire et on l'a enlevée. Le juge de première instance a conclu que cette matière herniée n'est devenue apparente qu'en raison de l'étendue et de la nature exploratoire de la seconde opération et que, si elle était déjà là lorsque l'appelant a pratiqué l'opération beaucoup moins complexe, il n'est pas déraisonnable qu'il ne s'en soit pas aperçu.

Malheureusement, comme l'a conclu le juge de première instance, le demandeur est depuis atteint d'une incapacité permanente en raison de dommages permanents à certains nerfs logés dans le trou de conjugaison. Cependant, le juge de première instance a conclu que l'appelant n'avait pas été négligent en posant son diagnostic ni en décidant en conséquence de pratiquer l'opération particulière en cause. Il n'y a pas eu non plus de négligence dans les soins et le traitement postopératoires du demandeur, et il n'était pas déraisonnable que l'appelant attende aussi longtemps, soit environ un mois, avant de consulter d'autres spécialistes. Il a par conséquent rejeté l'action dans la mesure où elle était fondée sur la négligence. Les conclusions et la décision du juge de première instance sur cette branche de l'affaire n'ont pas été contestées en Division d'appel de l'Alberta (maintenant la Cour d'appel de l'Alberta). Toutefois, cette cour-là, à la majorité, est en désaccord avec le rejet par le juge de première instance de l'action sur la deuxième branche de la réclamation du demandeur, jugeant que le consentement à l'opération n'était pas un consentement éclairé et qu'il y a donc eu une atteinte illégale à la sécurité corporelle du demandeur, soit des voies de fait. Elle a accordé $15,000 à titre de dommages-intérêts.

La principale question plaidée devant cette Cour est celle de savoir si le consentement était éclairé. C'est la première fois que cette question lui est

term "informed consent", frequently used in American cases, reflects the fact that although there is, generally, prior consent by a patient to proposed surgery or therapy, this does not immunize a surgeon or physician from liability for battery or for negligence if he has failed in a duty to disclose risks of the surgery or treatment, known or which should be known to him, and which are unknown to the patient. The underlying principle is the right of a patient to decide what, if anything, should be done with his body: see *Parmley v. Parmley and Yule*[2], at pp. 645-46. (I leave aside any question of emergency or of mental incompetency and, also, situations where the operation or treatment performed or given is different from that to which the patient consented.) It follows, therefore, that a patient's consent, whether to surgery or to therapy, will give protection to his surgeon or physician only if the patient has been sufficiently informed to enable him to make a choice whether or not to submit to the surgery or therapy. The issue of informed consent is at bottom a question whether there is a duty of disclosure, a duty by the surgeon or physician to provide information and, if so, the extent or scope of the duty.

In the present case, there were three aspects to this issue.First, the appellant told the plaintiff that he was qualified to perform the operation, but did not tell him that it would be his first such operation after obtaining his specialist licence and entering private practice in Lethbridge. Second, he told the plaintiff that the facilities for performing the operation were as good in Lethbridge as they were in Calgary where the plaintiff had thought of going, but did not indicate to him that if there were complications he would not be able to call on any neurologist or any neurosurgeon in Lethbridge because there were none there at the time. Third, he did not tell the plaintiff that the operation was a serious one, but rather that it was not serious and the plaintiff would be up and about in six to ten days.

On the first aspect, the evidence showed that the appellant had performed many such operations

[2] [1945] S.C.R. 635.

soumise. L'expression «consentement éclairé», fréquemment employée dans la jurisprudence américaine, reflète le fait que bien que, généralement, un patient consente préalablement à l'opération chirurgicale ou au traitement envisagé, un chirurgien ou médecin n'est pas exonéré de responsabilité pour voies de fait ou négligence s'il manque à son devoir de divulguer les risques de l'opération ou du traitement qu'il connaît ou qu'il aurait dû connaître, et que le patient ignore. Le principe fondamental est le droit d'un patient de décider à quelle intervention, le cas échéant, il devrait se soumettre: voir *Parmley c. Parmley et Yule*[2], aux pp. 645 et 646. (Je laisse de côté les questions d'urgence ou d'incapacité mentale de même que les situations où l'opération ou le traitement est différent de ce à quoi a consenti le patient.) Il s'ensuit donc que le consentement d'un patient, que ce soit à l'opération chirurgicale ou au traitement, ne protégera son chirurgien ou médecin que s'il a été suffisamment renseigné pour lui permettre de choisir de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. La question du consentement éclairé est au fond une question de savoir s'il y a un devoir de divulguer, si le chirurgien ou médecin a le devoir de donner des renseignements et, dans l'affirmative, l'étendue ou la portée de ce devoir.

En l'espèce, cette question se divise en trois branches. Premièrement, l'appelant a dit au demandeur qu'il avait compétence pour pratiquer l'opération, mais ne lui a pas dit que ce serait sa première opération de cette nature depuis l'obtention de son diplôme de spécialiste et l'ouverture de son cabinet à Lethbridge. Deuxièmement, il a dit au demandeur que les installations hospitalières étaient aussi bonnes à Lethbridge qu'à Calgary où le demandeur avait envisagé d'aller, mais il ne lui a pas dit qu'en cas de complications, il ne pourrait pas consulter de neurologue ou de neurochirurgien à Lethbridge puisqu'il n'y en avait pas sur place à l'époque. Troisièmement, il n'a pas dit au demandeur qu'il s'agissait d'une opération grave, mais plutôt qu'elle ne l'était pas et que le demandeur serait rétabli dans les six ou dix jours.

Relativement à la première branche, la preuve a démontré que l'appelant avait pratiqué plus de

[2] [1945] R.C.S. 635.

while a resident in a teaching hospital, and about thirty of the more than sixty performed by him were done without actual supervision although there was a specialist at hand. The trial judge found that the appellant was fully qualified and was under no obligation to tell the plaintiff that this was his first operation after his certification. In the trial judge's view, it would be ridiculous to require a licensed specialist to tell a patient (at least without being asked) how many operations of the kind in question he had performed when it was clear that he was not inexperienced. On the second aspect, the expert evidence was, as the trial judge found, that the operation was a routine disc operation and could be performed as well in Lethbridge as in Calgary. There was, the trial judge said, a possibility of complications as there is in any operation (and in this respect there could be an advantage in having the operation in Calgary where there were other specialists available) but, again on the evidence, there was no probability of that, and there was no special or unusual risk involved that would then oblige the appellant to alert the plaintiff to it. The trial judge relied in this respect on the judgment of Hall J. in *Halushka v. University of Saskatchewan*[3], at p. 442.

There was no specific finding by the trial judge on the question of the seriousness of the operation, but it seems to me that the answer was comprehended in the evidence that the particular operation was a routine one and in the finding of the trial judge to that effect. The trial judge also said that, after the myelogram on March 13, 1974, which disclosed the block in the spinal canal, "the defendant spoke to the plaintiff and told him the results thereof and advised him that the only solution to the problem was surgery and went into some detail with respect to the operation which was recommended". It did not, therefore, appear to the trial judge that there was any real issue about the patient not knowing of the seriousness of the operation. The plaintiff's own evidence shows that the question of the seriousness of the proposed

[3] (1965), 53 D.L.R. (2d) 436.

soixante opérations de cette nature alors qu'il était chirurgien résident à l'hôpital universitaire, dont une trentaine sans surveillance réelle bien qu'un spécialiste ait été prêt à intervenir. Le juge de première instance a conclu que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'avait pas l'obligation de dire au demandeur que c'était sa première opération depuis qu'il était diplômé. Selon le juge de première instance, il serait ridicule d'exiger qu'un spécialiste diplômé dise à un patient (du moins sans que la question lui soit posée) combien il a pratiqué d'opérations de ce genre lorsqu'il a manifestement acquis de l'expérience. Relativement à la deuxième branche, les témoignages d'experts ont indiqué, comme l'a conclu le juge de première instance, qu'il s'agissait d'une opération discale courante et qu'elle pouvait être effectuée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary. Selon le juge de première instance, il y avait une possibilité de complications comme il y en a dans toute opération (et à cet égard il aurait pu être avantageux de pratiquer l'opération à Calgary où l'on trouve d'autres spécialistes) mais, encore selon la preuve, il n'y avait aucune probabilité à cet égard, et aucun risque particulier ou inhabituel n'exigeait que l'appelant prévienne le demandeur. Sur ce point, le juge de première instance s'est appuyé sur les motifs du juge Hall dans *Halushka v. University of Saskatchewan*[3], à la p. 442.

Le juge de première instance n'a pas fait de conclusion particulière sur la question de la gravité de l'opération, mais il me semble que la réponse est comprise dans la preuve que l'opération en cause était une opération courante et dans la conclusion du juge de première instance en ce sens. Ce dernier a également dit qu'après le myélogramme du 13 mars 1974, qui a révélé le blocage méningé, [TRADUCTION] «le défendeur a parlé au demandeur pour lui communiquer les résultats et l'informer que la seule solution au problème était une intervention chirurgicale et il a donné des détails de l'opération qui était recommandée». Donc, selon le juge de première instance, le litige ne porte pas vraiment sur l'ignorance par le patient de la gravité de l'opération. Le témoignage même du demandeur montre que la question de la gravité de

[3] (1965), 53 D.L.R. (2d) 436.

operation was subsumed in the issue of the appellant's qualifications and in whether the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary. Moreover the basic complaint of the plaintiff, as his counsel averred during the argument of the appeal in this Court, was that the plaintiff did not know the operation on the plaintiff was the first that the appellant performed after beginning private practice in Lethbridge. This, however, goes to his qualifications, and on this the trial judge's finding appears to me to be unassailable.

I should add that the trial judge also held that even had he found negligence on the part of the appellant, there was no proof of damages flowing from it. Similarly, there was no proof of damages from the assault or battery, and only token damages could be awarded when the operation was a necessary one and was properly performed.

Prowse J.A., who dissented from the majority in the Alberta Appellate Division, supported the trial judge's conclusion adverse to the plaintiff on the ground that there was no specific question asked by the plaintiff that would have directed the appellant to disclose risks that were mere possibilities and thus would have weighed in favour of having the operation in Calgary. In his view, which was the view of the trial judge, the conversations or discussions that were alleged to have raised such a specific question were concerned with the appellant's competence and qualifications. Had there been a specific question of the kind alleged (and, I assume, it would be sufficient if the question or questions asked could reasonably be construed as inviting a response to possible risks), it would have been the duty of the appellant to answer it.

This brings me to consider the majority reasons of the Alberta Appellate Division delivered by Morrow J.A. He framed the issue of informed consent as it was argued by counsel for the plaintiff, namely, on the basis of assault and battery and of negligence resulting from the failure to disclose the risks involved. Whether it is consistent with an allegation of assault and battery, based on want of a valid consent, to undergird it with an

l'opération envisagée était comprise dans la question de la compétence de l'appelant et dans celle de savoir si l'opération pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary. De plus la plainte fondamentale du demandeur, comme l'a affirmé son avocat dans sa plaidoirie devant cette Cour, était qu'il ignorait que l'opération pratiquée sur lui était la première de l'appelant depuis qu'il exerçait en pratique privée à Lethbridge. Toutefois cela est relié à la compétence du médecin et les conclusions du juge de première instance sur ce point sont, à mon sens, inattaquables.

Je devrais ajouter que le juge de première instance a également statué que, même s'il avait conclu à la négligence de l'appelant, la preuve de dommages en résultant n'avait pas été faite. En outre, il n'y avait aucune preuve de dommages résultant de voies de fait et seuls des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés lorsque l'opération est nécessaire et a été pratiquée selon les règles de l'art.

En Division d'appel de l'Alberta, le juge Prowse, qui était dissident, a appuyé la conclusion du juge de première instance déboutant le demandeur, au motif que celui-ci n'a posé aucune question précise qui aurait imposé à l'appelant de divulguer des risques qui n'étaient que de simples possibilités et qui auraient ainsi incité le demandeur à se faire opérer à Calgary. Comme le juge de première instance, il est d'avis que les conversations ou discussions qui ont supposément soulevé cette question précise, concernaient la compétence de l'appelant. Si une question précise, comme celle supposément posée, l'avait été (et je tiens pour acquis qu'il suffirait que l'on puisse raisonnablement interpréter ces questions comme invitant une réponse qui décrirait les risques possibles), l'appelant aurait eu le devoir d'y répondre.

Cela m'amène à étudier les motifs majoritaires de la Division d'appel de l'Alberta exposés par le juge Morrow. Il a formulé la question du consentement éclairé comme l'avait plaidée l'avocat du demandeur, savoir, sur le fondement des voies de fait et de la négligence résultant du défaut de divulguer les risques courus. Je n'ai pas à analyser ni à résoudre en l'espèce la question de savoir si l'on peut renforcer une allégation de voies de fait,

assertion of negligence is not a question which I need to discuss or resolve in the present case. The argument advanced in the Appellate Division was also advanced in this Court. Morrow J.A., in allowing the plaintiff's appeal, based himself on both battery and negligence, adding this:

I would include negligence in the above as on the facts present in this appeal the same reasoning as is appropriate for battery is on my understanding of the authorities equally appropriate for negligence.

Presumably, the negligence here lay in unspoken words or in misleading words when there was a duty to speak and to be properly responsive. Since I am of the opinion that there was no warrant here for interfering with the trial judge's conclusion on the issue of informed consent (or, to put it in what I think is the preferable way, namely, that the appellant had properly discharged any duty of disclosure), I prefer to leave questions touching the relationship or availability of battery and negligence on that issue to another time.

What Morrow J.A. did was to re-examine the evidence which was before the trial judge, quoting extensively from it. He did not clearly or directly challenge the trial judge's finding that the appellant was fully qualified and had no obligation to tell the plaintiff that the operation he was going to perform was his first in private practice. Nor did Morrow J.A. squarely deal with and set aside the trial judge's finding that the particular operation could be done as well in Lethbridge as in Calgary.

What the learned Appellate Court judge fastened on was the seriousness of the operation and the failure of the appellant to go into some detail about the risks, whether probable or possible. This is what Morrow J.A. said on the various points raised in respect of informed consent:

With respect, I am unable to agree that if the evidence might have justified a conclusion that this particular doctor was competent to do the operation and that the facilities were adequate at Lethbridge this by itself provided a complete answer to the issue raised with

fondée sur l'absence de consentement valide, par une assertion de négligence. L'argument plaidé devant la Division d'appel a été repris devant cette Cour. En accueillant l'appel du demandeur, le juge Morrow s'est appuyé sur les voies de fait et la négligence et a ajouté ceci:

[TRADUCTION] Je suis d'avis d'ajouter la négligence à ce qui précède puisque, suivant les faits de l'espèce, le raisonnement qui s'applique aux voies de fait s'applique, si je comprends bien la jurisprudence, également à la négligence.

Il y a lieu de croire qu'en l'espèce la négligence consiste en des réticences ou des tromperies alors qu'il y avait un devoir de parler et de réagir de façon idoine. Puisque je suis d'avis que rien ne justifie en l'espèce de modifier la conclusion du juge de première instance sur la question du consentement éclairé (ou, pour le dire d'une façon qui me semble préférable, que l'appelant s'est bien acquitté de tout devoir de divulguer), je préfère remettre à une autre occasion l'examen du lien entre les voies de fait et la négligence ou de la possibilité de les invoquer à ce sujet.

Pour sa part, le juge Morrow a réexaminé la preuve produite en première instance et en a cité de longs extraits. Il n'a pas contesté réellement ou directement la conclusion du juge de première instance que l'appelant était tout à fait compétent et qu'il n'était pas tenu d'informer le demandeur que l'opération qu'il allait pratiquer était la première depuis qu'il exerçait en pratique privée. Le juge Morrow n'a pas non plus analysé directement ni infirmé la conclusion du juge de première instance que l'opération en cause pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Le savant juge de la Cour d'appel s'est quant à lui attaché à la gravité de l'opération et à l'omission de l'appelant de donner des détails sur les risques probables ou possibles. Voici les commentaires du juge Morrow sur les divers points soulevés relativement au consentement éclairé:

[TRADUCTION] Avec égards, il m'est impossible d'admettre que, si la preuve avait pu justifier une conclusion que ce médecin était compétent pour pratiquer l'opération et que les installations hospitalières étaient adéquates à Lethbridge, cela répondrait complètement en soi à

respect to proper instructions and to the giving of a valid and informed consent.

While it may be that there was no obligation on the doctor to volunteer that this would be his first operation on his own, that is not what he was being asked. Rather, before the patient gave his consent to the operation he wanted some assurance as to "how serious" the operation was. The seriousness of the operation has to also be considered along with his previous decision with the patient and his wife to have the operation in Calgary. Now can it be said that to reply to the query of "how serious" by saying "it is not serious, in six to ten days you will be back home running around like you did before" and so answer the query about Calgary by a reply to the effect "he could do it as good as any doctor in Calgary".

I have to observe that the reply given to the Appellant is almost identical to that to be found in *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191. As in that case there was nothing said about the risk whether one takes that as "probable" or as "possible".

And there is this further concluding summarizing passage:

I am unable to find on a careful reading of the evidence, and reading it in a manner most favourable to the respondent, that the respondent doctor ever gave any further information or explanation to his patient. Then, looking at the remarks of the learned trial judge it seems to me that the judge takes the statements of the medical experts as to the nature of the actual operation, the technique followed, and their statements that for such an operation as was carried out if without complication, the Lethbridge facilities were adequate, and substitutes them or uses them as constituting a truthful explanation by the respondent himself. To me this constitutes a manifest error and I would allow the appeal here and substitute a judgment in favour of the appellant based on both battery and negligence.

The way in which Morrow J.A. dealt with the appellant's response to an inquiry about the seriousness of the operation would make the response inadequate, assuming there was a specific question about the risks. However, it is clear from the trial judge's finding, that the appellant had gone into some detail about the operation—and I have already referred to this finding—and that any question about the seriousness of the operation

la question qui se pose relativement aux renseignements appropriés et à l'existence d'un consentement valide et éclairé.

Bien que le médecin n'ait peut-être eu aucune obligation de dire spontanément que ce serait sa première opération tout seul, ce n'est pas ce qui lui était demandé. Avant de consentir à l'opération, le patient voulait plutôt obtenir certaines assurances sur la «gravité» de l'opération. La gravité de l'opération doit également être considérée avec la décision qu'il avait préalablement prise de concert avec le patient et son épouse quant à l'opération à Calgary. Or, peut-on dire qu'en répondant à la question sur la «gravité» en disant «ce n'est pas grave, dans six à dix jours vous serez chez vous prêt à reprendre vos activités» il a répondu à la question relative à Calgary en disant «qu'il pouvait le faire aussi bien que n'importe quel médecin à Calgary».

Je dois faire remarquer que la réponse donnée à l'appelant est presque identique à celle que l'on trouve dans *Smith v. Auckland Hospital Board*, [1965] N.Z.L.R. 191. Comme dans cette affaire-là, on n'a rien dit au sujet du risque, qu'il soit considéré comme «probable» ou comme «possible».

Nous trouvons ensuite ce dernier passage qui résume son opinion:

[TRADUCTION] En lisant attentivement la preuve et en le faisant de la façon qui soit la plus favorable à l'intimé, je suis incapable de conclure que le médecin intimé a donné d'autres renseignements ou explications à son patient. Si l'on examine alors les remarques du savant juge de première instance, il me semble qu'il prend les déclarations des médecins experts sur la nature de l'opération réelle, la technique suivie, et leurs témoignages qu'en l'absence de complications, les installations hospitalières de Lethbridge étaient adéquates pour l'opération en question, et les considère ou les utilise comme si elles constituaient une explication franche de l'intimé lui-même. Cela constitue à mon avis une erreur manifeste et je suis d'avis d'accueillir le présent appel et de prononcer un jugement favorable à l'appelant fondé à la fois sur les voies de fait et la négligence.

La façon dont le juge Morrow traite de la réponse de l'appelant à une question relative à la gravité de l'opération rend la réponse inadéquate si l'on présume qu'il s'agit d'une question précise concernant les risques. Cependant, il ressort clairement des conclusions du juge de première instance que l'appelant a fourni certains détails sur l'opération—j'ai déjà parlé de cette conclusion—et qu'aucune question sur la gravité de l'opération ne peut

cannot be isolated from the conversations between the parties touching the operation and touching whether it could be performed as well in Lethbridge as in Calgary.

It is not clear from Morrow J.A.'s reasons whether he considered that the patient had raised a specific question about possible risks, nor is it at all clear from the evidence that there was more than a general discussion about the operation. In the *Auckland Hospital* case, there was a specific question raised about the risks, and this then, on the view there taken by the New Zealand Court, put upon the doctor an obligation to respond by indicating even possible risks. I shall return to this issue shortly. I am prepared to take it from Morrow J.A.'s reference to the New Zealand case that he considered that there was a specific question about risks, enveloped in the inquiry about the seriousness of the operation. However, I am of the opinion, as apparently was the trial judge, that this is an unwarranted extrapolation of the evidence. Indeed, there is nothing in the record to support the conclusion that there were possible risks in the particular operation different from the possibilities that exist in any operation, leaving aside whether a specific question was raised as to risks.

Kenny v. Lockwood[4] is an early Ontario case on informed consent or on the duty of disclosure, and on its facts bears a resemblance to the present case. There, one of the issues was whether a surgeon had failed in an alleged duty to inform a patient of the seriousness of an operation which resulted in permanent injury, although the operation was competently performed. A special difficulty for the plaintiff patient in the *Kenny* case was that she had pleaded that the surgeon and an associated physician had "falsely and recklessly, without caring whether it was false or true or without reasonable ground for believing it to be true", represented the operation as "simple" and that "her hand would be all right in three weeks". The Court of Appeal found that there was no fraud or recklessness amounting to fraud. It none the less examined an allegation of breach of duty,

[4] [1932] O.R. 141.

être isolée des conversations entre les parties portant sur l'opération et sur la question de savoir si elle pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary.

Dans ses motifs, le juge Morrow ne dit pas clairement s'il a considéré que le patient avait posé une question précise sur les risques possibles, et la preuve n'indique pas clairement si la discussion concernant l'opération allait au-delà des généralités. Dans l'affaire *Auckland Hospital*, les risques avaient fait l'objet d'une question précise et, selon l'opinion de la Cour de la Nouvelle-Zélande, le médecin avait alors l'obligation de répondre en indiquant même les risques possibles. Je reviendrai à cette question sous peu. Je suis prêt à déduire de la mention de l'affaire néo-zélandaise par le juge Morrow que selon lui, les risques avaient fait l'objet d'une question précise, enveloppée dans l'interrogation sur la gravité de l'opération. Toutefois, je suis d'avis, comme l'a apparemment été le juge de première instance, que c'est là une extrapolation que la preuve ne justifie pas. En fait, rien au dossier n'appuie la conclusion que l'opération en cause comportait des risques possibles différents de ceux qui existent dans toute opération, abstraction faite du point de savoir si les risques ont fait l'objet d'une question précise.

Kenny v. Lockwood[4] est un des premiers arrêts ontariens sur le consentement éclairé ou sur le devoir de divulguer, et, à sa lecture, il ressemble à la présente affaire. Une des questions y était de savoir si un chirurgien avait manqué au devoir qu'il aurait eu d'informer une patiente de la gravité d'une opération qui a entraîné une lésion permanente, bien que l'opération ait été pratiquée selon les règles de l'art. Une difficulté spéciale pour la patiente intimée dans l'affaire *Kenny* est qu'elle a plaidé que le chirurgien et le médecin associé avaient [TRADUCTION] «faussement et avec insouciance, sans se préoccuper que ce soit vrai ou faux ou sans motif raisonnable de croire que c'était vrai», affirmé que l'opération était «simple» et que [TRADUCTION] «sa main serait guérie dans trois semaines». La Cour d'appel a jugé qu'il n'y avait pas eu fraude ou insouciance

[4] [1932] O.R. 141.

apart from fraud, in the description of the operation as simple and in the failure to point out its seriousness in that, if not successful, it might result in permanent injury. The Court of Appeal founded its assessment on *Nocton v. Ashburton*[5], taking the relationship of surgeon and patient to be a fiduciary one, requiring honesty from the surgeon. *Nocton v. Ashburton* is, of course, a case which was one of the underpinnings of the more extensive doctrine propounded in *Hedley Byrne v. Heller*[6].

The trial judge in the *Kenny* case had imposed liability upon the surgeon and an associate, expressing himself as follows:

> I hold as a matter of law that it was the duty of the surgeons when they accepted the plaintiff as their patient to inform her as to the seriousness of her submitting to the operation at that time, and of the fact that the disease was of such a character as that it might not for a number of years cause her much suffering or inconvenience; and that the surgeons were not entitled to operate upon her hand until they put that matter with perfect frankness and plainness before her and then had her decision that she would or would not submit to the operation at that time.

The contrast between that case and the present one lies in the fact that there the trial judge ignored evidence of the surgeon that he had discussed the operation with the patient and had explained in detail to her the condition of her hand, afflicted with a progressive disease, and the operation. In the present case the trial judge had considered like evidence but it was the Alberta Appellate Division that played down this evidence.

There are observations in the *Kenny* case that point to the later developments as to the duty of disclosure and the later clarifications of issues not there worked out in the detail with which they have been handled in later, especially American cases and in literature on the subject: see, for

[5] [1914] A.C. 932.
[6] [1964] A.C. 465.

équivalant à fraude. Elle a néanmoins examiné une allégation de manquement au devoir, indépendamment de la fraude, en ce que l'opération avait été décrite comme simple et qu'on avait omis d'attirer l'attention sur sa gravité puisque, si elle ne réussissait pas, elle pouvait entraîner une lésion permanente. La Cour d'appel a fondé son évaluation sur l'arrêt *Nocton v. Ashburton*[5], considérant que le rapport entre le chirurgien et son patient est un rapport fiduciaire qui exige l'honnêteté du chirurgien. L'arrêt *Nocton v. Ashburton* est bien sûr un des fondements de la doctrine plus large exposée dans l'arrêt *Hedley Byrne v. Heller*[6].

Dans l'arrêt *Kenny*, le juge de première instance avait conclu à la responsabilité du chirurgien et de son associé dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] Je considère comme une question de droit celle du devoir incombant aux chirurgiens, qui ont accepté de soigner la demanderesse, de l'informer de la gravité de l'opération à ce moment-là et du fait que la nature de la maladie faisait qu'il pouvait s'écouler plusieurs années avant qu'elle lui cause davantage de souffrances ou d'inconvénients; et que les chirurgiens n'avaient pas le droit de lui opérer la main sans d'abord lui expliquer la situation en toute honnêteté et clarté, en lui laissant alors décider si elle subirait l'opération à ce moment-là.

La distinction entre cette affaire-là et la présente repose sur le fait que dans la première le juge de première instance n'a pas tenu compte du témoignage du chirurgien portant qu'il avait discuté de l'opération avec la patiente et lui avait expliqué en détail l'état de sa main, atteinte d'une maladie progressive, et l'intervention. En l'espèce, le juge de première instance a considéré une preuve semblable, mais c'est la Cour d'appel qui l'a minimisée.

Certaines remarques dans l'arrêt *Kenny* ouvrent la voie aux développements subséquents du devoir de divulguer et aux éclaircissements postérieurs de questions qui n'y avaient pas été résolues de façon aussi détaillée qu'elles l'ont été plus tard; il s'agit particulièrement de décisions et d'ouvrages améri-

[5] [1914] A.C. 932.
[6] [1964] A.C. 465.

example, *Canterbury v. Spence*[7]; Comment, "Informed Consent as a Theory of Medical Liability", [1970] Wisc. L. Rev. 879; Waltz and Scheuneman, "Informed Consent to Therapy", (1970), 64 N.W.U.L. Rev. 628; Comment, "Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure", (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548; Skegg, "Informed Consent to Medical Procedures", (1975), 15 Med. Sci. Law 124. The Ontario Court of Appeal, in reversing, by a majority, the trial judge and absolving the surgeon and his associate of liability, made it clear that the facts of the particular case are highly relevant in determining whether a duty to inform arises and its extent. There was not much authority to go on, and *Nocton v. Ashburton* offered the best guidance as to the existence of a duty and as to its breach which, as Lord Haldane said in that case, would be "negligence in word". He added that "the difficulty as regards the principle lies in its application to individual cases".

Hodgins J.A. in the *Kenny* case proceeded from this as follows: (at p. 156)

> In particularizing its application it is stated that the duty arises: "In those cases where a person within whose special province it lay to know a particular fact has given an erroneous answer to an inquiry made with regard to it by a person desirous of ascertaining the fact for the purpose of determining his course."
>
> It is assumed to arise in those cases where there was a breach of a duty to which equity had attached its sanction arising from the circumstances and relation of the parties, and the duty does not necessarily depend upon the putting of a question. It may arise where the very situation of the parties implied the necessity for an explanation or a warning and includes a moral, as distinguished from a legal duty to be careful, and as an obligation it arises out of the duty independently of contract or of special obligation. For, as Lord Haldane remarks, "If a man intervenes in the affairs of another

[7] (1972), 464 F. 2d 772.

cains sur le sujet, voir, par exemple, *Canterbury v. Spence*[7]; Comment, «Informed Consent as a Theory of Medical Liability», [1970] Wisc. L. Rev. 879; Waltz and Scheuneman, «Informed Consent to Therapy», (1970), 64 N.W.U.L. Rev. 628; Comment, «Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure», (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548; Skegg, «Informed Consent to Medical Procedures», (1975), 15 Med. Sci. Law 124. En infirmant, à la majorité, la décision du juge de première instance et en concluant à la non-responsabilité du chirurgien et de son associé, la Cour d'appel de l'Ontario a clairement souligné que les faits d'une affaire particulière sont de grande importance dans une décision sur l'existence et l'étendue du devoir de donner des renseignements. Il n'y avait pas beaucoup de jurisprudence sur laquelle s'appuyer et *Nocton v. Ashburton* offrait les meilleurs principes relativement à l'existence d'un devoir et à un manquement à son sujet qui, pour reprendre les paroles de lord Haldane dans cette affaire, serait une [TRADUCTION] «négligence verbale». Il a ajouté que [TRADUCTION] «c'est dans son application à chaque affaire particulière que le principe pose une difficulté».

Dans *Kenny*, le juge Hodgins de la Cour d'appel est parti de là pour dire: (à la p. 156)

> [TRADUCTION] Lorsque l'on en précise les modalités d'application, on dit que le devoir existe: «Dans le cas où une personne qui, de par sa spécialité, connaît un fait particulier, donne une réponse erronée à une question que lui pose une personne désireuse de connaître ce fait avant de décider d'agir.»
>
> On considère qu'il existe lorsqu'il y a eu manquement à un devoir, sanctionné par l'*equity*, vu les circonstances et le rapport entre les parties, et qu'il ne faut pas nécessairement qu'une question ait été posée. Il peut exister lorsque la situation même des parties laisse supposer la nécessité d'une explication ou d'une mise en garde, et comprend un devoir moral, par opposition à un devoir légal de prudence, qui en tant qu'obligation, existe indépendamment d'un contrat ou d'une obligation particulière. En effet, comme le fait remarquer lord Haldane, «Si un homme intervient dans les affaires d'un

[7] (1972), 464 F. 2d 772.

he must do so honestly, whatever be the character of that intervention."

And there is this further pertinent observation (at p. 159):

> Nor do I for a moment think that the dangers inseparable from any operation, such as failure or death under an anaesthetic, the danger of infection, of tetanus, of gas gangrene or gangrene, were proper or necessary to be disclosed to a patient before an operation.

I would add, taking the trial judge's finding on the point in the present case, that the risk or possibility of complications as being more easily dealt with in larger centres is also common to all operations and does not ordinarily call for particular disclosure.

Kenny v. Lockwood is important as much for what it portended as for what it actually decided. It indicated that a surgeon who recommends an operation which involves known risks, that is probable risks, or special or unusual risks, is under an obligation to his patient to disclose those risks and, if he fails to do so, and injury results from one of the undisclosed or not fully disclosed risks, the patient's consent to the operation will be held to be not an informed consent, although the operation itself was competently performed. Apart from situations of this kind, a surgeon need not go into every conceivable detail of a proposed operation so long as he describes its nature, unless the patient asks specific questions not by way of merely general inquiry, and, if so, those questions must be answered, although they invite answers to merely possible risks. If no specific questions are put as to possible risks, the surgeon is under no obligation (although he may do so) to tell the patient that there are possible risks since there are such risks in any operation. It becomes a question of fact of how specific are any questions that are put and, equally, it is an issue of fact whether, questions or no questions, the evidence supports a finding that there were probable or special or unusual risks which the surgeon failed to disclose or did not fully disclose.

autre, il doit le faire honnêtement, quelle que soit la nature de l'intervention.»

Et nous trouvons cette autre remarque pertinente (à la p. 159):

> [TRADUCTION] Je ne crois pas un seul instant qu'il convienne ni qu'il soit nécessaire de révéler à un patient, avant une opération, les dangers inhérents à toute opération, tels l'échec ou le décès sous l'effet d'un anesthésique, le danger d'infection, de tétanos, de gangrène gazeuse ou de grangrène.

Adoptant la conclusion du juge de première instance sur le point en litige en l'espèce, j'ajouterais que la possibilité de faire plus facilement face au risque ou aux complications dans un grand centre est commun à toutes les opérations et n'exige ordinairement pas de mention particulière.

L'arrêt *Kenny v. Lockwood* est aussi important pour ce qu'il laissait entrevoir que pour ce qu'il décidait réellement. Il indique que lorsqu'un chirurgien recommande une opération qui comporte des risques connus, savoir des risques probables, ou des risques particuliers ou inhabituels, il a l'obligation de les divulguer à son patient et, s'il omet de le faire et qu'un des risques tus ou partiellement divulgués entraîne une lésion, on jugera que le consentement du patient à l'opération n'était pas un consentement éclairé, bien que l'opération elle-même ait été pratiquée selon les règles de l'art. Les situations de ce genre mises à part, un chirurgien n'est pas requis d'aller dans tous les détails concevables d'une opération envisagée; il suffit qu'il en décrive la nature, à moins que le patient ne pose des questions précises, autrement que par le biais d'une interrogation générale; dans ce cas, il doit y répondre même si ces réponses portent sur une simple possibilité de risques. Si aucune question précise ne porte sur les risques possibles, le chirurgien n'a aucune obligation (bien qu'il puisse le faire) de dire au patient qu'il existe des risques possibles puisque de tels risques se retrouvent dans toute opération. Déterminer à quel point les questions posées sont précises devient une question de fait; il en est de même de savoir si, qu'il y ait eu des questions ou non, la preuve permet de conclure à l'existence de risques probables, particuliers ou inhabituels que le chirurgien n'a pas divulgués ou n'a divulgués que partiellement.

No doubt, a surgeon has some leeway in assessing the emotional condition of the patient and how the prospect of an operation weighs upon him; the apprehension, if any, of the patient, which may require placating; his reluctance, if any, to submit to an operation, which, if the surgeon honestly believes that the operation is necessary for the preservation of the patient's life or health, may demand detailed explanation of why it is necessary. All of this goes to informed consent and is entirely apart from the skill and care with which the operation is performed. It is, as I noted earlier, for the patient to decide whether to allow the surgery to be carried out.

Kenny v. Lockwood was considered in *Halushka v. University of Saskatchewan, supra*, a case involving voluntary submission to an experiment as part of medical research into a new anaesthetic drug. The "patient" was told that a new drug was involved and that the proposed test was quite safe, having been conducted many times before. In fact, however, the new drug had not been used or tested before and there was a risk involved in the use of a new anaesthetic. Brain damage resulted to the "patient" who suffered cardiac arrest but was ultimately resuscitated. Hall J.A., speaking for the Saskatchewan Court of Appeal and affirming the trial judge's imposition of liability, on the verdict of a jury, upon the two doctors who carried out the experiment, said this:

> In ordinary medical practice the consent given by a patient to a physician or surgeon, to be effective, must be an "informed" consent freely given. It is the duty of the physician to give a fair and reasonable explanation of the proposed treatment including the probable effect and any special or unusual risks.
>
> . . .
>
> In my opinion the duty imposed upon those engaged in medical research, as were the appellants Wyant and Merriman, to those who offer themselves as subject for experimentation, as the respondent did here, is at least as great as, if not greater than, the duty owed by the ordinary physician or surgeon to his patient. There can be no exceptions to the ordinary requirements of disclosure in the case of research as there may well be in

Un chirurgien a indubitablement une certaine liberté d'action pour évaluer l'état émotif d'un patient et sa réaction à la perspective d'une opération; la crainte du patient, qui peut exiger qu'on l'apaise; la réticence du patient à subir une opération que le chirurgien croit honnêtement nécessaire à la préservation de la vie ou de la santé du patient et qu'il peut être obligé d'expliquer en détail pour en exposer la nécessité. Tout cela se rapporte au consentement éclairé et est tout à fait indépendant de la compétence et du soin avec lesquels une opération est pratiquée. Comme je l'ai dit plus tôt, il appartient au patient de décider s'il permet l'opération chirurgicale.

L'arrêt *Kenny v. Lockwood* a été examiné dans l'arrêt *Halushka v. University of Saskatchewan*, précité, une affaire portant sur la participation volontaire à une expérience de recherche médicale sur une nouvelle drogue anesthésique. On avait dit au «patient» qu'il s'agissait d'une nouvelle drogue et que le test envisagé était tout à fait sûr, car on l'avait déjà effectué plusieurs fois auparavant. Cependant, en fait, la nouvelle drogue n'avait jamais été utilisée ni vérifiée auparavant et l'utilisation d'une nouvelle drogue anesthésique présentait un risque. Le «patient» qui a été finalement ressuscité après un arrêt cardiaque a subi une lésion cérébrale. Le juge Hall qui parlait au nom de la Cour d'appel de la Saskatchewan et qui, comme le juge de première instance aux termes du verdict du jury, a conclu à la responsabilité des deux médecins qui ont fait l'expérience, s'est exprimé comme suit:

> [TRADUCTION] Dans la pratique médicale ordinaire, pour être valable, le consentement que donne un patient à un médecin ou à un chirurgien, doit être un consentement «éclairé» donné librement. Le médecin a le devoir de donner une explication honnête et raisonnable du traitement proposé, y compris de l'effet probable et des risques particuliers ou inhabituels.
>
> . . .
>
> A mon avis, le devoir qu'ont les personnes faisant de la recherche médicale, comme les appelants Wyant et Merriman en l'espèce, envers ceux qui offrent de se soumettre à une expérience, comme l'intimé l'a fait ici, est au moins aussi grand sinon plus que le devoir du médecin généraliste ou du chirurgien envers son patient. Il ne peut y avoir d'exceptions aux exigences ordinaires de divulgation dans le cas de la recherche comme il peut

ordinary medical practice. The researcher does not have to balance the probable effect of lack of treatment against the risk involved in the treatment itself. The example of risks being properly hidden from a patient when it is important that he should not worry can have no application in the field of research. The subject of medical experimentation is entitled to a full and frank disclosure of all the facts, probabilities and opinions which a reasonable man might be expected to consider before giving his consent. The respondent necessarily had to rely upon the special skill, knowledge and experience of the appellants, who were, in my opinion, placed in the fiduciary position described by Lord Shaw of Dunfermline in *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 at p. 969.

bien en exister dans la pratique de la médecine générale. Le chercheur n'a pas à peser l'effet probable de l'absence de traitement contre les risques que comporte le traitement lui-même. L'exemple de risques que l'on peut à bon droit cacher à un patient, lorsqu'il est important qu'il ne s'inquiète pas, ne peut s'appliquer dans le domaine de la recherche. Le sujet d'une expérience médicale a droit à une divulgation entière et honnête de tous les faits, de toutes les probabilités et opinions dont un homme raisonnable pourrait normalement tenir compte avant de donner son consentement. L'intimé devait nécessairement s'en remettre à la compétence, à la connaissance et à l'expérience particulières des appelants, qui étaient, à mon avis, dans la position fiduciaire décrite par lord Shaw of Dunfermline dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932 à la p. 969.

In the view of the Court of Appeal, there were undisclosed or misrepresented facts and, it added, "[they] need not concern matters which directly cause the ultimate damage if they are of a nature which might influence the judgment upon which the consent is based".

La Cour d'appel était d'avis qu'il y avait des faits non divulgués ou faussement présentés et elle a ajouté, [TRADUCTION] «il n'est pas nécessaire qu'ils se rapportent à ce qui a directement causé le dommage si leur nature est telle qu'ils pouvaient influencer le jugement sur lequel le consentement s'est fondé».

I would refer also to *Male v. Hopmans*[8], a judgment of the Ontario Court of Appeal. It affirmed the trial judge's finding of liability of a physician, an orthopedic surgeon, who treated a patient for a serious infection by the use of a drug which carried the risk of impairing the patient's hearing. The treatment in question was post-operative and was administered when it appeared that the patient had developed a serious pus condition in his left knee upon which an operation had been performed by the surgeon. The surgeon administered a drug which he had never used before, although knowing from the literature on it that it carried the risk of side effects. There was expert evidence that certain tests should have been carried out in the early stages of the treatment, and the trial judge found (and the Court of Appeal affirmed this finding) that the need for such tests ought to have been apparent to the surgeon but they were neither ordered nor made. The patient became completely deaf as a result of the treatment. It was on the ground of failure to order or make the tests that liability was imposed, this

[8] (1967), 64 D.L.R. (2d) 105.

Je désire mentionner également *Male v. Hopmans*[8], un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario. Il confirme la conclusion du juge de première instance quant à la responsabilité du médecin, un chirurgien-orthopédiste, qui avait traité une infection grave avec une drogue qui risquait d'affaiblir l'ouïe du patient. Il s'agissait d'un traitement post-opératoire administré lorsqu'il est devenu évident que le patient souffrait d'une infection purulente grave au genou gauche opéré par le chirurgien. Le chirurgien a administré une drogue qu'il n'avait jamais utilisée auparavant, tout en sachant d'après les publications s'y rapportant qu'elle pouvait avoir des effets secondaires. Selon le témoignage des experts, certains tests auraient dû être effectués au début du traitement, et le juge de première instance a conclu (cette conclusion a été confirmée par la Cour d'appel) que le chirurgien aurait dû se rendre compte de leur nécessité, mais ils n'ont été ni prescrits ni faits. Le traitement a rendu le patient complètement sourd. Le chirurgien a été tenu responsable parce qu'il avait omis de prescrire ou de faire les tests; c'était le troisième moyen de

[8] (1967), 64 D.L.R. (2d) 105.

being the third ground of negligence charged against the surgeon.

Male v. Hopmans brought the New Zealand case of *Smith v. Auckland Hospital Board*[9], on appeal[10], into Canadian law, especially through the lengthy quotations by the trial judge from that case. The *Smith* case appears, with some caution, to formulate a professional medical standard for informed consent, as the following passage from the reasons of the trial judge in that case indicates (at pp. 250-251):

As it seems to me, the paramount consideration is the welfare of the patient, and given good faith on the part of the doctor, I think the exercise of his discretion in the area of advice must depend upon the patient's overall needs. To be taken into account should be the gravity of the condition to be treated, the importance of the benefits expected to flow from the treatment or procedure, the need to encourage him to accept it, the relative significance of its inherent risks, the intellectual and emotional capacity of the patient to accept the information without such distortion as to prevent any rational decision at all, and the extent to which the patient may seem to have placed himself in his doctor's hands with the invitation that the latter accept on his behalf the responsibility for intricate or technical decisions.

. . .

This duty appears to me to be governed by all the factors I have mentioned as they would be assessed and applied by a reasonably prudent medical practitioner; and the need to include descriptions of the adverse possibilities of treatment in the explanations must depend upon the significance which that prudent doctor in his patient's interests would reasonably attach to them in all the environment of the case. I certainly am not prepared to hold, in the absence of authority, that doctors should be distracted from their prime responsibility to care for the health of their patients by the thought that there is an almost automatic need to describe these possibilities in order to avoid a claim in negligence should something, by bad chance, go wrong.

Male v. Hopmans is not a case directly concerned with informed consent, but a portion of the reasons of Aylesworth J.A., who spoke for the Ontario Court of Appeal, bears on that issue,

[9] [1964] N.Z.L.R. 241.
[10] [1965] N.Z.L.R. 191.

négligence invoqué contre le chirurgien.

L'arrêt *Male v. Hopmans* a introduit dans le droit canadien l'arrêt néo-zélandais *Smith v. Auckland Hospital Board*[9], en appel[10], en raison particulièrement des longs extraits qu'en a cités le juge de première instance. L'arrêt *Smith* formule avec une certaine prudence une norme professionnelle médicale relativement au consentement éclairé, comme l'indique le passage suivant des motifs du juge de première instance dans cette affaire (aux pp. 250 et 251):

[TRADUCTION] A mon avis, la préoccupation principale est le bien-être du patient et, si le médecin est de bonne foi, je crois que l'exercice de sa discrétion quant aux renseignements à fournir dépendra de l'ensemble des besoins du patient. Il faudra tenir compte de la gravité de l'état du patient, de l'importance des bienfaits qui devraient résulter du traitement, de la nécessité de l'encourager à l'accepter, de l'importance relative de ses risques inhérents, de la capacité intellectuelle et émotive du patient d'accepter l'information sans déformation au point d'empêcher une décision rationnelle, et de la mesure dans laquelle le patient peut sembler s'en être remis au médecin, lui laissant le soin d'accepter en son nom la responsabilité de décisions compliquées ou techniques.

. . .

A mon avis, ce devoir est régi par tous les facteurs que j'ai mentionnés tels qu'ils seraient évalués et appliqués par un médecin raisonnablement prudent; et la nécessité de décrire, lors des explications, les effets défavorables qui peuvent résulter du traitement doit être fonction de l'importance que ce médecin prudent devrait normalement leur accorder, dans l'intérêt de son patient, compte tenu de toutes les circonstances. Je ne suis certainement pas disposé à conclure, en l'absence de jurisprudence, que les médecins devraient se laisser distraire de leur responsabilité première, qui est de s'occuper de la santé de leurs patients, par la pensée qu'il est presque automatiquement nécessaire de décrire ces possibilités afin d'éviter une poursuite en responsabilité si, par malheur, quelque chose ne va pas.

L'arrêt *Male v. Hopmans* ne vise pas directement le consentement éclairé, mais une partie des motifs du juge Aylesworth, qui parlait au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, porte sur cette ques-

[9] [1964] N.Z.L.R. 241.
[10] [1965] N.Z.L.R. 191.

especially as it relates to a situation in which a patient who has a serious condition for which risky therapy or treatment is contemplated. So much depends on the particular facts, according to the Ontario Court of Appeal, when the question is whether the surgeon has a duty to warn the patient, and it may be relevant to that duty whether the patient is in a condition to make a choice.

I am far from persuaded that the surgeon should decide on his own not to warn of the probable risk of hearing or other impairment if the course of treatment contemplated is administered. A surgeon is better advised to give the warning, which may be coupled with a warning of the likely consequence if the treatment is rejected. The patient may wish to ask for a second opinion, whatever be the eminence of his attending physician. It should not be for that physician to decide that the patient will be unable to make a choice and, in consequence, omit to warn him of risks. Of course, on the view already expressed that, generally, there has been prior consent, the probable risks would be those that, if he was informed about them, would reasonably be expected to affect the patient's decision to submit or not to submit to a proposed operation or treatment. I find it difficult, however, to conclude that if there are probable risks (as opposed to mere possibilities such as those inherent in any operation or therapy, *e.g.* the risk of infection) they would not also be material in the sense of the objective standard that has been proposed in some writings and cases. Thus, in the article by Waltz and Scheuneman, referred to above, at p. 640 thereof, a proposed standard of materiality, adopted by the Court in *Canterbury v. Spence, supra*, is expressed as follows:

> ... [a] risk is ... material when a reasonable person, in what the physician knows or should know to be the patient's position, would be likely to attach significance to the risk or cluster of risks in deciding whether or not to undergo the proposed therapy.

No doubt, this invites a finding of fact upon which expert medical evidence of the judgment to be exercised would be admissible but not determination, particulièrement puisqu'elle se rapporte à une situation où un patient est dans un état grave pour lequel on envisage une thérapie ou un traitement qui présente des risques. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, les faits particuliers sont de première importance lorsqu'il s'agit de savoir si le chirurgien a le devoir de prévenir le patient, et il peut être pertinent à ce devoir de savoir si le patient est dans un état qui lui permet de faire un choix.

Je ne suis pas du tout convaincu que le médecin devrait décider de lui-même de ne pas prévenir le patient du risque probable pour l'ouïe ou d'autres risques si le traitement est administré. Il est préférable qu'un chirurgien fasse une mise en garde, qu'il peut assortir d'une autre mise en garde quant aux conséquences vraisemblables du refus de subir le traitement. Le patient peut désirer demander une deuxième opinion, quel qu'éminent que soit son médecin traitant. Ce médecin ne devrait pas décider que le patient est incapable de faire un choix et, en conséquence, omettre de le prévenir des risques. Bien sûr, compte tenu de l'opinion déjà exprimée qu'il y a généralement eu un consentement préalable, les risques probables seraient ceux qui, si le patient en avait été informé, pourraient raisonnablement modifier sa décision de subir ou de refuser l'opération ou le traitement. Il m'est difficile, toutefois, de conclure que s'il y a des risques probables (par opposition à de simples possibilités comme celles qui sont inhérentes à toute opération ou traitement, par ex. le risque d'infection), ils ne seraient pas aussi importants au sens de la norme objective qui a été mise de l'avant dans certains commentaires et arrêts. Ainsi, l'article de Waltz and Scheuneman, susmentionné, à la p. 640, propose-t-il la norme de l'importance du risque; cette norme adoptée par la cour dans *Canterbury v. Spence*, précité, est formulée comme suit:

> [TRADUCTION] ... [un] risque est ... important lorsqu'une personne raisonnable, dans l'état du patient, que connaît ou devrait connaître le médecin, attacherait vraisemblablement de l'importance au risque ou à l'ensemble des risques en décidant si elle doit se soumettre au traitement envisagé ou le refuser.

Cela demande indubitablement de tirer une conclusion de fait pour laquelle le témoignage de médecins experts décrivant le jugement à exercer

tive. Indeed, since a particular patient is involved upon whom particular surgery is to be performed or particular therapy administered, and it is a duty of disclosure to him that affects the validity of his consent, evidence of medical experts of custom or general practice as to the scope of disclosure cannot be decisive, but at most a factor to be considered.

The case law on the question of informed consent or the duty of disclosure has exhibited a variety of classifications of risks involved in proposed surgery or therapy. Probable risks, which must be disclosed, have been contrasted with mere possibilities (as, for example, risks involved in any operation), but this dichotomy cannot be absolute because it ought to take note of whether a risk is or is not quite remote, and here the gravity of the consequences, if a risk should materialize, must be brought into account; for example, the risk of death, even if a mere possibility, as contrasted with some residual stiffness of a member of the body. A second classification, expressed in American cases and American writings, is that of material and immaterial risks. Under this classification possible risks whose consequences would be grave could well be regarded as material. Materially connotes an objective test, according to what would reasonably be regarded as influencing a patient's consent.

Then there is the language of special or unusual risks, in contrast to those inherent in any operation. This contrast was expressed by Morden J. in *Kelly v. Hazlett*[11], at p. 319. If by special or unusual risks is meant merely probable risks, then this classification is substantially the same as the probable-possible one that I have already referred to, subject to qualifying possible risks by the gravity of the consequences if such a risk should materalize. Special or unusual risks may, however, go beyond those that are probable in respect of the

[11] (1976), 15 O.R. (2d) 290.

serait recevable sans être déterminant. En fait, puisqu'il s'agit d'un patient particulier sur lequel une opération chirurgicale particulière doit être pratiquée ou à qui un traitement particulier doit être administré et que c'est le devoir de divulgation à son égard qui touche son consentement, le témoignage des médecins experts sur l'usage ou la pratique générale quant à l'étendue de la divulgation ne peut être déterminant, tout au plus peut-il être un facteur à considérer.

La jurisprudence sur la question du consentement éclairé ou le devoir de divulguer propose plusieurs classifications des risques que comporte une opération chirurgicale ou un traitement envisagé. On a distingué les risques probables, qui doivent être divulgués, des simples possibilités (comme, par exemple, les risques qui existent dans toute opération), mais cette dichotomie ne peut être absolue parce qu'elle doit tenir compte de la question de savoir si un risque est ou n'est pas élevé et alors il faut considérer la gravité des conséquences si un risque devait se réaliser; par exemple, le risque de décès, même s'il n'est qu'une simple possibilité, par opposition à une raideur résiduelle d'un membre. Une deuxième classification formulée dans la jurisprudence et la doctrine américaines, est celle des risques importants et peu importants. Selon cette classification, les risques possibles dont les conséquences pourraient être graves pourraient bien être considérés comme importants. L'importance connote un critère objectif selon ce que l'on pourrait raisonnablement considérer comme ayant une influence sur le consentement du patient.

Ensuite on parle de risques particuliers ou inhabituels par opposition aux risques inhérents à toute opération. Cette distinction a été formulée par le juge Morden dans *Kelly v. Hazlett*[11], à la p. 319. Si l'expression risques particuliers ou inhabituels désigne seulement les risques probables, cette classification est alors essentiellement la même que celle des risques probables ou possibles dont j'ai déjà parlé, sauf que les risques possibles peuvent être décrits par la gravité des conséquences si pareils risques se réalisent. Cependant, les risques

[11] (1976), 15 O.R. (2d) 290.

surgery or therapy involved in a particular case and could relate to serious consequences in the particular instance even if the risk be a mere possibility. On this view, the classification is incomplete, in not taking account of probable risks. Of course, if specific questions are asked, this introduces another element but here the evidence touching the specific character of the question will first have to be assessed.

In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case.

The present case is not one which calls for more refinement of issues touching the duty of disclosure and its extent. In my view, the findings of the trial judge make this unnecessary. There are, however, certain observations in the majority reasons of the Alberta Appellate Division to which I wish to refer. I cannot agree with Morrow J.A. when he said, in the concluding summarizing passage of his reasons, quoted above, that there was manifest error in the trial judge's acceptance of the expert evidence that the particular operation could be carried out in Lethbridge as well as in Calgary, if without complication. The appellant also so testified and, on the whole evidence, including that which described the operation performed by the appellant as a routine disc operation, it was open to the trial judge to make the findings that he did make.

I agree, of course, that if Morrow J.A. meant that the patient had not been properly informed of

particuliers ou inhabituels peuvent dépasser ceux que la chirurgie ou le traitement envisagé rend probables dans un cas particulier et pourraient se rapporter aux conséquences graves du cas précis même si le risque n'était qu'une simple possibilité. De ce point de vue, la classification est incomplète puisqu'elle ne tient pas compte des risques probables. Bien sûr, si des questions précises sont posées, un autre élément entre en jeu mais, alors, la preuve concernant le caractère précis de la question devra d'abord être évaluée.

En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.

La présente affaire n'en est pas une qui demande d'élaborer davantage sur les questions concernant le devoir de divulguer et sa portée. A mon avis, il n'est pas nécessaire de le faire vu les conclusions du juge de première instance. Cependant, je désire mentionner certaines remarques faites dans l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de l'Alberta. Je ne peux être d'accord avec le juge Morrow lorsqu'il dit, dans le dernier passage susmentionné de ses motifs, où il résume son opinion, que le juge de première instance a fait une erreur manifeste en acceptant le témoignage des experts portant que l'opération en cause pouvait être pratiquée aussi bien à Lethbridge qu'à Calgary, s'il n'y avait pas de complications. L'appelant a également témoigné dans ce sens et, compte tenu de l'ensemble de la preuve, y compris celle qui décrit l'opération pratiquée par l'appelant comme une opération discale courante, le juge de première instance pouvait conclure comme il l'a fait.

Il en serait autrement si le juge Morrow voulait dire que le patient n'avait pas été correctement

the risks, whether or not the operation could be performed as well in Lethbridge as in Calgary, it was for him to decide where it should be performed. However, the record does not support a conclusion that the plaintiff had made the question of the place of performance of the operation central to his consent or that the appellant had failed to provide the information that was requested.

Morrow J.A. made two statements going to causation and to damages which I also cannot accept. The first statement is as follows:

> ... The evidence does leave it open for the trial judge to have reasonably found that had the operation been in Calgary, rather than in Lethbridge (accepting that there would have been consent to the operation in any event) the problem which arose from the first operation and which made the second operation necessary might at least have been discovered earlier with less possible neurological deficit.

This goes against the findings of the trial judge that (1) it could not be said that the permanent disability of the respondent had not occurred as a result of the original disc condition and (2) he was not satisfied that the extruded portion of the disc removed by the second operation was present when the appellant operated. Morrow J.A.'s reasons, at the most, go to suggest that the patient might possibly have suffered less damage if he had gone to Calgary in the first place. This was highly conjectural and cannot form the basis of a judgment for the patient. Morrow J.A. also appeared to found liability on the following basis (this being the second statement that I question):

> ... One cannot read the testimony of the appellant without gathering that in his own mind, whether it is justified or not, he has been left with the feeling that his lengthy period of recuperation and the second operation and indeed his present poor condition, is to be a considerable degree attributable to the efforts of the respondent.

This is not a tenable ground, however sympathetic one is inclined to be with the respondent's present plight.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Alberta Appellate Division and restore the

informé des risques, entre subir l'opération à Lethbridge ou à Calgary. Il lui appartiendrait alors de décider où elle devait être pratiquée. Cependant, le dossier ne permet ni de conclure que le demandeur faisait dépendre son consentement du lieu de l'opération ni que l'appelant n'a pas donné le renseignement demandé.

Le juge Morrow a fait deux déclarations relatives à la causalité et aux dommages-intérêts que je ne peux accepter. Voici la première:

> [TRADUCTION] ... D'après la preuve, il était loisible au juge de première instance de conclure raisonnablement que si l'opération avait été pratiquée à Calgary plutôt qu'à Lethbridge (en admettant qu'il y aurait eu consentement à l'opération dans les deux cas), le problème qui s'est posé suite à la première opération et qui a nécessité la seconde opération aurait pu au moins être découvert plus tôt et peut-être causer une déficience neurologique moindre.

Cela est contraire aux conclusions du juge de première instance qu' (1) on ne peut pas dire que l'incapacité permanente de l'intimé n'est pas le résultat de l'état initial du disque et (2) il n'était pas convaincu que la matière discale herniée enlevée à la seconde opération était présente lorsque l'appelant a opéré la première fois. Les motifs du juge Morrow suggèrent tout au plus que le patient aurait peut-être subi des dommages moindres s'il était allé à Calgary au départ. C'est hautement hypothétique et ne peut servir de fondement à un jugement en faveur du patient. Le juge Morrow fonde apparemment aussi la responsabilité sur le moyen suivant (c'est la deuxième déclaration que je mets en doute):

> [TRADUCTION] ... On ne peut lire le témoignage de l'appelant sans comprendre qu'à tort ou à raison, il a l'impression que sa longue convalescence, la seconde opération et, en fait, son mauvais état de santé actuel sont en grande partie attribuables aux tentatives de l'intimé.

Ce moyen ne peut tenir, malgré la grande sympathie que l'on peut avoir pour l'état de santé actuel de l'intimé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de l'Alberta et de

judgment of Brennan J. dismissing the action. The appellant is entitled to costs throughout. The cross-appeal is dismissed without costs.

Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed without costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Jones, Black & Co., Calgary.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Babki & Co., Lethbridge.

rétablir le jugement du juge Brennan qui rejette l'action. L'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours. Le contre-appel est rejeté sans dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens; contre-appel rejeté sans dépens.

Procureurs du défendeur, appelant: Jones, Black & Co., Calgary.

Procureurs du demandeur, intimé: Babki & Co., Lethbridge.

Dan Fowler *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1979: December 4, 5; 1980: June 17.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Fisheries — Injury to fishing grounds and pollution of waters — Invalidity of s. 33(3) of Fisheries Act — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33, as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3 and 1976-77 (Can.), c. 35, s. 7 — British North America Act, ss. 91(12), 92(13).

The appellant was carrying on a logging operation on the east shore of Humphrey Channel in the County of Vancouver. As part of the logging operation the logs were removed from the forest by dragging them with a caterpillar tractor and in the course of dragging these logs they were dragged across a small stream which was only a few feet wide. From this operation there was debris deposited in the stream bed. This stream flowed into Forbes Bay, which is salt water, part of the coastal water of British Columbia. The stream at some times contained fish, it being used for the spawning and rearing of two species of salmon, but there was no evidence that the debris affected or injured the fish or the fry in any way. The appellant was charged with violating the provisions of s. 33 of the *Fisheries Act*, in that he did unlawfully put debris into water frequented by fish and that he did unlawfully knowingly permit to be put debris into water frequented by fish. The appellant was acquitted at trial, the trial judge finding that s. 33(3) of the *Fisheries Act* was *ultra vires* of the Parliament of Canada. The respondent appealed this decision and the County Court judge allowed the appeal. The appeal to the Court of Appeal by the appellant was dismissed, the Court of Appeal holding that s. 33(3) was within Parliament's power to enact because it was "legislation clearly in relation to the matter of inland fisheries and particularly to the preservation of fish". The sole issue to be determined in this appeal is that which is raised in the following constitutional question. "Is s. 33(3) of the *Fisheries Act* within the legislative competence of the Parliament of Canada?"

Dan Fowler *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1979: 4, 5 décembre; 1980: 17 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard.

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

Droit constitutionnel — Pêcheries — Détérioration des pêcheries et pollution des eaux — Inconstitutionnalité du par. 33(3) de la Loi sur les pêcheries — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 33, modifié par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 17, art. 3 et 1976-77 (Can.), chap. 35, art. 7 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(12), 92(13).

L'appelant exploitait une entreprise d'abattage sur la rive est du chenal Humphrey dans le comté de Vancouver. Dans le cours de l'exploitation, il devait sortir les billes de la forêt en les tirant avec un tracteur à chenilles, lequel devait, au cours de l'opération, les tirer à travers un ruisseau d'une largeur de quelques pieds. Cette dernière opération a eu comme conséquence de déposer des débris dans le lit du ruisseau. Ce ruisseau se jette dans la baie Forbes dont les eaux salées font partie des eaux côtières de la Colombie-Britannique. Ce cours d'eau a déjà contenu du poisson car il était utilisé pour le frai et l'élevage de deux espèces de saumon, mais il n'y a pas de preuve portant que les débris auraient de quelque façon nui ou causé des dommages aux poissons ou aux alevins. L'appelant a été accusé d'avoir violé les dispositions de l'art. 33 de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir illégalement déposé des débris dans une eau fréquentée par le poisson et d'avoir illégalement et sciemment permis que soient déposés des débris dans une eau fréquentée par le poisson. L'appelant a été acquitté en première instance, car le juge du procès a conclu que le par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries* excède le pouvoir du Parlement du Canada. Le juge de la Cour de comté a accueilli l'appel que l'intimée a interjeté de cette décision. La Cour d'appel a rejeté l'appel alors formé par l'appelant, car elle a décidé que le par. 33(3) relève de la compétence législative du Parlement parce qu'il s'agit «d'une disposition législative qui se rapporte clairement au domaine des pêcheries de l'intérieur et particulièrement à la conservation du poisson». La seule question à résoudre dans ce pourvoi est la question constitutionnelle. «Le paragraphe 33(3) de la *Loi sur les pêcheries* relève-t-il de la compétence législative du Parlement du Canada?»

Held: The appeal should be allowed.

"Fisheries", as used in s. 91(12) of the *B.N.A. Act* and as interpreted by the courts, refers to the natural resource, and the right to exploit it, and the place where the resource is found and the right is exercised. The federal power in relation to fisheries is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource. The legislation in question here does not deal directly with fisheries, as such, within that meaning. 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* s. 33(3) regulates property and civil rights within a province: dealing with such 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. It does not so provide, for s. 33(3) extends to cover not only water frequented by fish but also water that flows into such water, and it 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. As such, s. 33(3) of the *Fisheries Act* is *ultra vires* of the federal Parliament.

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia and others, [1930] A.C. 111; *R. v. Robertson* (1882), 6 S.C.R. 52; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413; *Interprovincial Co-Operatives Limited et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Reference as to the Constitutional Validity of Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457; *Mark Fishing v. United Fishermen & Allied Workers Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing an appeal from a judgment of the County Court[2],

[1] [1979] 1 W.W.R. 285.
[2] [1977] 4 W.W.R. 449, 36 C.C.C. (2d) 297.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le mot «pêcheries», tel qu'utilisé au par. 91(12) de l'*A.A.N.B.* et interprété par les tribunaux, se rapportent à la ressource naturelle et au droit de l'exploiter, à l'endroit où elle se trouve et où le droit est exercé. Le pouvoir fédéral à l'égard des pêcheries vise la protection et la conservation des pêcheries, à titre de ressource publique. La disposition législative en cause ici ne traite pas directement des pêcheries, comme telles, dans ce sens-là. 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 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. Ce n'est pas le cas parce que le par. 33(3) s'étend non seulement à une eau fréquentée par le poisson mais également à une eau qui se déverse dans cette eau et qu'il 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. Comme tel, le par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries* excède les pouvoirs du Parlement fédéral.

Jurisprudence: *Le procureur général du Canada c. Le procureur général de la Colombie-Britannique et autres*, [1930] A.C. 111; *R. c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *Le procureur général du Canada c. Les procureurs généraux des provinces de l'Ontario, du Québec et de la Nouvelle-Écosse*, [1898] A.C. 700; *Le procureur général du Canada c. Le procureur général du Québec*, [1921] 1 A.C. 413; *Interprovincial Co-Operatives Limited et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Renvoi relatif à la constitutionnalité de certains articles de la Loi des pêcheries, 1914*, [1928] R.C.S. 457; *Mark Fishing v. United Fishermen & Allied Workers Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour de comté[2]

[1] [1979] 1 W.W.R. 285.
[2] [1977] 4 W.W.R. 449, 36 C.C.C. (2d) 297.

allowing an appeal by the respondent of a judgment of the Provincial Court[3]. Appeal allowed.

Duncan W. Shaw and *Richard C. Gibbs*, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *H. J. Wruck*, for the respondent.

E. R. A. Edwards, for the intervener, the Attorney General of British Columbia.

Alan Reid, for the intervener, the Attorney General of New Brunswick.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The sole issue to be determined in this appeal is that which is raised in the constitutional question propounded in the order of the Chief Justice of this Court:

> "Is Section 33(3) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, within the legislative competence of the Parliament of Canada?"

Section 33 of the *Fisheries Act* appears under the heading "Injury to Fishing Grounds and Pollution of Waters" and contains, *inter alia*, the following subsections:

> 33. (1) No one shall throw overboard ballast, coal ashes, stones, or other prejudicial or deleterious substances in any river, harbour or roadstead, or in any water where fishing is carried on, or leave or deposit or cause to be thrown, left or deposited, upon the shore, beach or bank of any water or upon the beach between high and low water mark, remains or offal of fish, or of marine animals, or leave decayed or decaying fish in any net or other fishing apparatus; such remains or offal may be buried ashore, above high water mark.
>
> (2) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where such deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of such deleterious substance may enter any such water.

[3] [1976] 6 W.W.R. 28.

accueillant un appel interjeté par l'intimé d'un jugement de la Cour provinciale[3]. Pourvoi accueilli.

Duncan W. Shaw et *Richard C. Gibbs*, pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *H. J. Wruck*, pour l'intimée.

E. R. A. Edwards, pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

Alan Reid, pour l'intervenant, le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—La seule question à résoudre dans ce pourvoi est la question constitutionnelle formulée dans l'ordonnance du Juge en chef de cette Cour, savoir:

> «Le paragraphe 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, relève-t-il de la compétence législative du Parlement du Canada?»

L'article 33 de la *Loi sur les pêcheries* figure sous la rubrique «Détérioration des pêcheries et pollution des eaux». Cet article comprend, notamment, les paragraphes suivants:

> 33. (1) Il est interdit de jeter par-dessus bord du lest, des cendres de charbon, des pierres ou d'autres substances nuisibles ou délétères dans une rivière, un port, une rade, ou dans des eaux où se fait la pêche, ou de laisser ou déposer ou faire jeter, laisser ou déposer sur la rive, la grève ou le bord de quelque cours ou nappe d'eau, ou sur la grève entre les marques des hautes et des basses eaux, des restes ou issues de poissons ou d'animaux marins, ou de laisser du poisson gâté ou en putréfaction dans un filet ou autre engin de pêche. Ces restes ou issues de poissons peuvent être enterrés sur la grève, au-delà de la marque des eaux à marée haute.
>
> (2) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit à qui que ce soit de déposer ou de permettre que l'on dépose une substance nocive dans des eaux poissonneuses ou en quelque lieu dans des conditions où cette substance nocive ou une autre substance nocive résultant du dépôt de cette substance pourrait pénétrer dans de telles eaux.

[3] [1976] 6 W.W.R. 28.

(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.

(4) No person contravenes subsection (2) by depositing or permitting the deposit in any water or place

(*a*) of waste or pollutant of a type, in a quantity and under conditions authorized by regulations applicable to that water or place made by the Governor in Council under any Act other than this Act; or

(*b*) of a deleterious substance of a class, in a quantity or concentration and under conditions authorized by or pursuant to regulations applicable to that water or place or to any work or undertaking or class thereof, made by the Governor in Council under subsection (13).

(5) Any person who contravenes any provision of

(*a*) subsection (1) or (3) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five thousand dollars for a first offence, and not exceeding ten thousand dollars for each subsequent offence; or

(*b*) subsection (2) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding fifty thousand dollars for a first offence, and not exceeding one hundred thousand dollars for each subsequent offence.

(6) Where an offence under subsection (5) is committed on more than one day or is continued for more than one day, it shall be deemed to be a separate offence for each day on which the offence is committed or continued.

. . .

(11) For the purposes of this section and sections 33.1 and 33.2,

"deleterious substance" means

(*a*) any substance that, if added to any water, would degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, or

(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.

(4) Par dérogation au paragraphe (2), il est permis d'immerger ou de rejeter en un lieu

a) les déchets ou les substances polluantes désignés par les règlements applicables au lieu et établis par le gouverneur en conseil en vertu d'une autre loi, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales, y fixées soient respectées;

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements applicables au lieu, aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories et établis par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe (13), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, y désignées ou prévues soient respectées.

(5) Toute personne qui contrevient aux dispositions

a) des paragraphes (1) ou (3) est coupable d'une infraction et passible sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende maximale de cinq mille dollars pour une première infraction et de dix mille dollars pour chaque infraction subséquente; ou

b) du paragraphe (2) est coupable d'une infraction et passible sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende maximale de cinquante mille dollars pour une première infraction et de cent mille dollars pour chaque infraction subséquente.

(6) Lorsqu'une infraction prévue au paragraphe (5) se répète à des jours différents ou se continue pendant plus d'une journée, elle est censée constituer une infraction distincte pour chaque jour pendant lequel l'infraction est commise ou se continue.

. . .

(11) Pour l'application du présent article et des articles 33.1 et 33.2,

«substance nocive» désigne

a) toute substance qui, si elle était ajoutée à une eau, dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat ou encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau, ou

(*b*) any water that contains a substance in such quantity or concentration, or that has been so treated, processed or changed, by heat or other means, from a natural state that it would, if added to any other water, degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water,

and without limiting the generality of the foregoing includes

(*c*) any substance or class of substances prescribed pursuant to paragraph (12)(*a*),

(*d*) any water that contains any substance or class of substances in a quantity or concentration that is equal to or in excess of a quantity or concentration prescribed in respect of that substance or class of substances pursuant to paragraph (12)(*b*), and

(*e*) any water that has been subjected to a treatment, process or change prescribed pursuant to paragraph (12)(*c*);

"deposit" means by discharging, spraying, releasing, spilling, leaking, seeping, pouring, emitting, emptying, throwing, dumping or placing;

"water frequented by fish" means Canadian fisheries waters.

(12) The Governor in Council may make regulations prescribing

(*a*) substances and classes of substances,

(*b*) quantities or concentrations of substances and classes of substances in water, and

(*c*) treatments, processes and changes of water

for the purpose of paragraphs (*c*) to (*e*) of the definition "deleterious substance" in subsection (11).

The respondent contendes that subs. (3) of s. 33 is valid legislation because of the legislative authority of Parliament in respect of "Sea Coast and Inland Fisheries" under s, 91(12) of the *British North America Act*. The appellant submits that subs. (3) falls within provincial legislative powers, relying upon ss. 92(5), 92(10), 92(13) and 92(16) of the Act:

92(5) The Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon.

92(10) Local Works and Undertakings . . . .

b) toute eau qui contient une substance en une quantité ou concentration telle, ou qui, à partir de son état naturel, a été traitée, transformée ou modifiée par la chaleur ou d'autres moyens d'une façon telle que si elle était ajoutée à une autre eau, elle dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau,

et comprend notamment,

c) toute substance ou catégorie de substances prescrites en vertu de l'alinéa (12)*a*),

d) de l'eau qui contient une substance ou une substance d'une catégorie en quantités ou en concentrations égales ou supérieures aux normes prescrites en vertu de l'alinéa (12)*b*), et

e) de l'eau traitée, transformée ou modifiée dans les circonstances prévues à l'alinéa (12)*c*);

«immersion» ou «rejet» désigne le versement, le déversement, l'écoulement, le suintement, l'arrosage, l'épandage, la vaporisation, l'évacuation, l'émission, le vidage, le jet, le basculage ou le dépôt;

«eaux où vivent des poissons» désigne les eaux des pêcheries canadiennes.

(12) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements prescrivant

a) les substances et catégories de substances,

b) les quantités ou concentrations de substances et catégories de substances dans l'eau, et

c) les traitements, transformations et modifications de l'eau

aux fins des alinéas *c*) à *e*) de la définition de «substance nocive» au paragraphe (11).

L'intimée fait valoir que le par. 33(3) est valide vu le pouvoir du Parlement de légiférer sur «les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. L'appelant allègue que le par. (3) relève de la compétence législative des provinces. Il s'appuie à cet égard sur les par. 92(5), 92(10), 92(13) et 92(16) de l'Acte:

92(5) L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent;

92(10) Les ouvrages et entreprises d'une nature locale

. . .

92(13) Property and Civil Rights in the Province.

92(16) Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

This case is concerned witht the prosecution of the appellant on two counts, as follows:

COUNT #1 that Dan Fowler, from April 27, 1975, to May 27, 1975, while engaged in logging, did UNLAWFULLY put debris into water frequented by fish, to wit: at or near Forbes Bay, in the County of Vancouver, Province of British Columbia, CONTRARY TO THE PROVISIONS OF SECTION 33 OF THE FISHERIES ACT, as amended;

COUNT #2 that Dan Fowler, from April 27, 1975, to May 27, 1975, while engaged in logging, did UNLAWFULLY knowingly permit to be put, debris into water frequented by fish, to wit: at or near Forbes Bay, in the County of Vancouver, Province of British Columbia, CONTRARY TO THE PROVISIONS OF SECTION 33 OF THE FISHERIES ACT, as amended.

The facts of the case are stated by the Provincial Court judge by whom the case was tried, as follows:

The fact of the case are that the accused, Dan Fowler, was carrying on a logging operation at a place known as Forbes Bay on the east shore of Humphrey Channel in the County of Vancouver, Province of British Columbia. Dan Fowler was subcontracting the removal of logs and timber from this land for the purpose of the logs being towed away. The evidence inferred that Dan Fowler was carrying on a normal and usual logging operation. As part of the logging operation the logs were removed from the forest by dragging the logs with a caterpillar tractor and in the course of dragging these logs they were dragged across a small stream, which is so small that it has no name. There was no exact measurement of the width of the stream but a photograph would indicate it is a few feet wide. From this logging operation there

92(13) La propriété et les droits civils dans la province;

92(16) Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

L'appelant est poursuivi sous deux chefs d'accusation:

[TRADUCTION]

PREMIER CHEF Dan Fowler est accusé d'avoir, du 27 avril 1975 au 27 mai 1975, alors qu'il faisait l'abattage du bois, ILLÉGALEMENT déposé des débris dans une eau fréquentée par le poisson, savoir la baie Forbes ou les environs, dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique), CONTRAIREMENT AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 33 DE LA LOI SUR LES PÊCHERIES, dans sa forme modifiée;

SECOND CHEF Dan Fowler est accusé d'avoir, du 27 avril 1975 au 27 mai 1975, alors qu'il faisait l'abattage du bois, ILLÉGALEMENT et sciemment permis que soient déposés des débris dans une eau fréquentée par le poisson, savoir la baie Forbes ou les environs, dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique), CONTRAIREMENT AUX DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 33 DE LA LOI SUR LES PÊCHERIES, dans sa forme modifiée.

Les faits de la cause ont été énoncés par le juge de la Cour provinciale qui a entendu l'affaire en première instance:

[TRADUCTION] Les faits démontrent que Dan Fowler, l'accusé, exploitait une entreprise d'abattage à un endroit appelé la baie Forbes sur la rive est du chenal Humphrey dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique). En qualité de sous-traitant, il était chargé d'enlever les billes et le bois brut qui se trouvaient à cet endroit en les remorquant vers un autre lieu. D'après la preuve, Dan Fowler exploitait une entreprise d'abattage normale et courante. Dans le cours de l'exploitation, il devait sortir les billes de la forêt en les tirant avec un tracteur à chenilles, lequel devait, au cours de l'opération, les tirer à travers un ruisseau si petit qu'il n'a jamais reçu de nom. On n'a pas indiqué la largeur précise de ce ruisseau, mais une photographie laisse supposer qu'il mesure quelques pieds de large. Cette

was debris deposited in the stream bed. From the photograph tendered as an exhibit and from the description given in evidence the debris consisted of limbs, branches or tops of trees.

This stream flowed into Forbes Bay which is salt water, part of the Coastal water of British Columbia. The stream at some times contained fish, the Fishery Officer said that the stream was used for the spawning of two species of salmon, Coho and pink, and for the rearing of the Coho fry.

There was no evidence tendered by the Crown that the deposit of the debris affected or injured the fish or the fry in any way. On cross-examination the Fishery Officer said that this type of debris deposited in the stream could be a deleterious substance affecting the biological oxygen demand in the stream and that the fish eggs and the fry had a high oxygen demand. The Fishery Officer on cross-examination said that the debris could affect the number of fry by damaging the eggs in the gravel spawning ground. The Fishery Officer further said that every time something is done to the stream it may have a far reaching effect or little effect.

The appellant was acquitted at trial. The trial judge held as follows:

I find that Section 33(3) of the Fisheries Act is not certain and effective to exercise the power of Parliament under Section 91(12) of the *B.N.A. Act* and since it does interfere with the power of the provinces under Section 92(5) and 92(13), Section 33(3) is ultra vires Parliament.

The respondent appealed this decision and the County Court judge allowed the appeal. The appeal to the Court of Appeal by the appellant was dismissed. The appellant, with leave, has appealed to this Court.

The Court of Appeal held that subs. 33(3) was within Parliament's power to enact because it was "legislation clearly in relation to the matter of inland fisheries and particularly to the preservation of fish". The Court relied upon the first propostion of Lord Tomlin in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia and others*[4], at p. 118. Lord Tomlin, in that case, stated four propositions, as follows:

[4] [1930] A.C. 111.

dernière opération a eu comme conséquence de déposer des débris dans le lit du ruisseau. D'après la photographie déposée comme pièce et la description faite au cours des témoignages, les débris étaient composés de tronçons, de branches ou de faîtes d'arbres.

Ce ruisseau se jette dans la baie Forbes dont les eaux salées font partie des eaux côtières de la Colombie-Britannique. Ce cours d'eau a déjà contenu du poisson et le fonctionnaire du ministère des Pêcheries a déclaré que le ruisseau est utilisé pour le frai de deux espèces de saumon, savoir le saumon Coho et le saumon rose, et pour l'élevage des alevins du saumon Coho.

Le ministère public n'a pas présenté de preuve portant que le dépôt de débris aurait de quelque façon nui ou causé des dommages aux poissons ou aux alevins. Le fonctionnaire en cause a affirmé en contre-interrogatoire que les débris déposés dans le ruisseau pouvaient être une substance nocive à même d'agir sur la demande biologique d'oxygène qui, en ce qui concerne les œufs et les alevins, est élevée. Il a également déclaré que les débris pouvaient nuire au nombre d'alevins en causant des dommages aux œufs dans la frayère de gravier. Il a de plus ajouté que toute activité qui touche le ruisseau peut avoir des conséquences importantes ou minimes.

L'appelant a été acquitté en première instance. Le juge s'est prononcé comme suit:

[TRADUCTION] Je conclus que le par. 33(3) de la Loi sur les pêcheries n'est pas un moyen sûr et efficace d'exercice du pouvoir du Parlement aux termes du par. 91(12) de l'*A.A.N.B.* Puisqu'il empiète sur le pouvoir des provinces prévu aux par. 92(5) et 92(13), le par. 33(3) excède le pouvoir du Parlement.

Le juge de la Cour de comté a accueilli l'appel que l'intimée a interjeté de cette décision. La Cour d'appel a rejeté l'appel alors formé par l'appelant. Ce dernier se pourvoit devant cette Cour sur autorisation.

La Cour d'appel a conclu que le par. 33(3) relève de la compétence législative du Parlement parce qu'il s'agit [TRADUCTION] «d'une disposition législative qui se rapporte clairement au domaine des pêcheries de l'intérieur et particulièrement à la conservation du poisson». La Cour s'est appuyée sur la première des quatre propositions énoncées par lord Tomlin dans *Le procureur général du Canada c. Le procureur général de la Colombie-Britannique et autres*[4], à la p. 118, que voici:

[4] [1930] A.C. 111.

Questions of conflict between the jurisdiction of the Parliament of the Dominion and provincial jurisdiction have frequently come before their Lordships' Board, and as the result of the decisions of the Board the following propositions may be stated:—

(1) The legislation of the Parliament of the Dominion, so long as it strictly relates to subjects of legislation expressly enumerated in s. 91, is of paramount authority, even though it trenches upon matters assigned to the provincial legislatures by s. 92: see *Tennant v. Union Bank of Canada* ([1894] A.C. 31).

(2) The general power of legislation conferred upon the Parliament of the Dominion by s. 91 of the Act in supplement of the power to legislate upon the subjects expressly enumerated must be strictly confined to such matters as are unquestionably of national interest and importance, and must not trench on any of the subjects enumerated in s. 92 as within the scope of provincial legislation, unless these matters have attained such dimensions as to affect the body politic of the Dominion: see *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion* ([1896] A.C. 348).

(3) It is within the competence of the Dominion Parliament to provide for matters which, though otherwise within the legislative competence of the provincial legislature, are necessarily incidental to effective legislation by the Parliament of the Dominion upon a subject of legislation expressly enumerated in s. 91: see *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion* ([1894] A.C. 189); and *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion* ([1896] A.C. 348).

(4) There can be a domain in which provincial and Dominion legislation may overlap, in which case neither legislation will be ultra vires if the field is clear, but if the field is not clear and the two legislations meet the Dominion legislation must prevail: see *Grand Trunk Ry. of Canada v. Attorney-General of Canada* ([1907] A.C. 65).

Counsel for the appellant contends that in order to uphold the legislation in issue the respondent must establish that it falls within the third proposition enunciated by Lord Tomlin in that case.

The earliest case in this Court in which the scope of the federal power to legislate in relation to

[TRADUCTION] On a souvent soumis au Conseil des questions de conflit de compétence entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales, et le Conseil a déjà énoncé les principes suivants:

(1) La législation du Parlement, qui porte strictement sur les catégories de sujets énumérés à l'art. 91, a prépondérance, même si elle empiète sur des domaines assignés aux législatures provinciales par l'art. 92: voir l'arrêt *Tennant c. Union Bank of Canada*, [1894] A.C. 31.

(2) Le pouvoir général de légiférer que l'art. 91 de la Loi confère au Parlement du Canada en plus du pouvoir de légiférer sur les sujets expressément énumérés, doit se restreindre strictement aux matières qui sont incontestablement d'importance ou d'intérêt national et ne doit empiéter sur aucun des sujets énumérés à l'art. 92 comme étant du ressort exclusif des législatures provinciales, à moins que ces matières prennent des proportions telles qu'elles affectent le corps politique du Dominion: voir *Le procureur général de l'Ontario c. Le procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348.

(3) Il est de la compétence du Parlement fédéral de statuer sur des questions qui, bien qu'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: voir *Le procureur général de l'Ontario c. Le procureur général du Canada*, [1894] A.C. 189, et *Le procureur général de l'Ontario c. Le procureur général du Canada*, [1896] A.C. 348.

(4) Il peut y avoir un domaine dans lequel les législations provinciales et fédérale chevauchent, auquel cas aucune n'est inconstitutionnelle si le champ est inoccupé, mais si le champ n'est pas libre et deux législations viennent en conflit, celle du fédéral doit prévaloir: voir *Grand Trunk Ry. of Canada c. Le procureur général du Canada*, [1907] A.C. 65.

L'avocat de l'appelant prétend que pour faire reconnaître la validité de la disposition en cause, l'intimée doit démontrer qu'elle relève de la troisième proposition énoncée par lord Tomlin dans l'arrêt précité.

L'arrêt le plus ancien rendu par cette Cour sur la question de l'étendue du pouvoir fédéral de légiférer sur les pêcheries des côtes de la mer et de

sea coast and inland fisheries is *R. v. Robertson*[5], which was concerned with the validity of an instrument called a lease of fishery whereby the Minister of Marine and Fisheries purported to lease for a term of nine years a portion of the Miramachi River in New Brunswick for the purpose of fly fishing for salmon. The lessee's claim to the ownership of the fishing in that portion of the river was successfully resisted in the New Brunswick Courts by persons who owned a portion of the river. The lessee then filed a petition of right against the Crown in the Exchequer Court claiming compensation.

In the course of his judgment, Ritchie C.J., at p. 120, said this:

> ... I am of opinion that the legislation in regard to 'Inland and Sea Fisheries' contemplated by the *British North America Act* was not in reference to 'property and civil rights'—that is to say, not as to the ownership of the beds of the rivers, or of the fisheries, or the rights of individuals therein, but to subjects affecting the fisheries generally, tending to their regulation, protection and preservation, matters of a national and general concern and important to the public such as the forbidding fish to be taken at improper seasons in an improper manner, or with destructive instruments, laws with reference to the improvement and increase of the fisheries, in other words, all such general laws as enure as well to the benefit of the owners of the fisheries as to the public at large, who are interested in the fisheries as a source of national or provincial wealth; in other words, laws in relation to the fisheries, such as those which the local legislatures were, previously to and at the time of confederation, in the habit of enacting for their regulation, preservation and protection, ...

At p. 123, he said further:

> To all general laws passed by the Dominion of Canada regulating "sea coast and inland fisheries" all must submit, but such laws must not conflict or compete with the legislative power of the local legislatures over property and civil rights beyond what may be necessary for legislating generally and effectually for the regulation, protection and preservation of the fisheries in the interests of the public at large.

[5] (1882), 6 S.C.R. 52.

l'intérieur est *R. c. Robertson*[5]. Il visait la validité d'un bail de pêche, en vertu duquel le ministre de la Marine et des Pêcheries était censé louer pour une durée de neuf ans une portion de la rivière Miramachi au Nouveau-Brunswick pour la pêche au saumon à la mouche. Des propriétaires d'une portion de la rivière ont eu gain de cause devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick à l'encontre de la revendication par le locataire du droit de pêche dans cette portion de la rivière. Le locataire a ensuite déposé devant la Cour de l'Échiquier une pétition de droit contre Sa Majesté pour obtenir une indemnité.

Le juge en chef Ritchie s'exprime comme suit à la p. 120:

> [TRADUCTION] ... je suis d'opinion que le pouvoir de légiférer à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur», envisagé par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'a pas rapport à la «propriété et aux droits civils»—c'est-à-dire la propriété du lit des rivières ou des pêcheries, ou les droits des individus à cet égard mais plutôt aux sujets touchant les pêcheries en général, visant leur réglementation, leur protection et leur conservation, sujets d'intérêt national et général et importants pour le public, comme l'interdiction de prendre du poisson en temps inopportun, d'une façon abusive, ou en employant des accessoires destructifs et les lois en vue de l'amélioration et de l'augmentation du rendement des pêcheries; en d'autres mots, toutes les lois générales dont le but est aussi bien l'avantage des propriétaires des pêcheries que du public en général qui s'intéresse aux pêcheries à titre de source de richesse pour le pays ou la province; en d'autres mots, les lois relatives aux pêcheries, comme celles que les législatures locales avaient coutume, avant la Confédération, d'adopter pour la réglementation, la conservation et la protection ...

Il ajoute à la p. 123:

> [TRADUCTION] Les lois générales adoptées par le Dominion du Canada relativement aux «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» s'appliquent à tout le monde, mais ces lois ne doivent pas entrer en conflit ni rivaliser avec le pouvoir législatif des législatures locales en matière de propriété et de droits civils au-delà de ce qui peut être nécessaire pour faire des lois générales et efficaces en vue de la réglementation, de la protection et de la conservation des pêcheries dans l'intérêt du public en général.

[5] (1882), 6 R.C.S. 52.

The scope of federal power to legislate under s. 91(12) of the *British North America Act* was discussed by the Privy Council in the following two cases from which I quote:

Attorney General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec and Nova Scotia[6], at p. 712:

> Their Lordships are of opinion that the 91st section of the *British North America Act* did not convey to the Dominion of Canada any proprietary rights in relation to fisheries. Their Lordships have already noticed the distinction which must be borne in mind between rights of property and legislative jurisdiction. It was the latter only which was conferred under the heading, "Sea-Coast and Inland Fisheries" in s. 91. Whatever proprietary rights in relation to fisheries were previously vested in private indivudals or in the provinces respectively remained untouched by that enactment. Whatever grants might previously have been lawfully made by the province in virtue of their proprietary rights could lawfully be made after that enactment came into force. At the same time, it must be remembered that the power to legislate in relation to fisheries does necessarily to a certain extent enable the Legislature so empowered to affect proprietary rights. An enactment, for example, prescribing the time of the year during which fishing is to be allowed, or the instruments which may be employed for the purpose (which it was admitted the Dominion Legislature was empowered to pass) might very seriously touch the exercise of proprietary rights, and the extent, character, and scope of such legislation is left entirely to the Dominion Legislature.

Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec[7], at p. 432:

> ... There is everywhere a power of regulation in the Dominion Parliament, but this must be exercised so as not to deprive the Crown in right of the Province or private persons of proprietary rights where they possess them.

Reference to the first quoted passage in the judgment of Ritchie C.J. in the *Robertson* case was made by Chief Justice Laskin in *Interprovincial Co-Operatives Limited et al. v. The Queen*[8], at p. 495, a case which dealt with provincial

[6] [1898] A.C. 700.
[7] [1921] 1 A.C. 413.
[8] [1976] 1 S.C.R. 477.

L'étendue du pouvoir législatif fédéral en vertu du par. 91(12) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a été examinée par le Conseil privé dans les arrêts suivants:

Le procureur général du Canada c. Les procureurs généraux des provinces de l'Ontario, du Québec et de la Nouvelle-Écosse[6], à la p. 712:

> [TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont d'avis que l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne transfère au Dominion du Canada aucun droit de propriété dans les pêcheries. Elles ont déjà fait état de la distinction à faire entre les droits de propriété et la compétence législative. Seule cette dernière a été conférée sous la rubrique «Les pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» à l'art. 91. Cet article ne porte pas atteinte aux droits de propriété dans les pêcheries, antérieurement conférés aux particuliers ou aux provinces. Les cessions que les provinces ont pu légalement faire auparavant en vertu de leurs droits de propriété pouvaient tout aussi légalement se faire après l'entrée en vigueur de cette disposition. On doit se rappeler également que le pouvoir de légiférer en matière de pêcheries permet en toute logique à la législature titulaire d'un tel pouvoir de toucher dans une certaine mesure aux droits de propriété. Par exemple, une disposition qui fixe la saison où il est permis de pêcher ou le genre d'attirail que l'on peut employer pour pêcher (disposition que, de l'aveu de tous, le Parlement du Dominion a le pouvoir d'adopter) pourrait très sérieusement toucher à l'exercice des droits de propriété et l'étendue, la force et la portée d'une telle loi ressortissent entièrement au Parlement du Dominion.

Le procureur général du Canada c. Le procureur général du Québec[7], à la p. 432:

> [TRADUCTION] ... Le Parlement du Dominion a partout un pouvoir de réglementation, mais il doit l'exercer de manière à ne pas priver Sa Majesté du chef de la province ou les particuliers des droits de propriété qu'ils possèdent déjà.

Dans l'arrêt *Interprovincial Co-Operatives Limited et autre c. La Reine*[8], à la p. 495, qui traite d'une loi provinciale sur la protection de droits de propriété provinciaux en matière de pêcheries de l'intérieur, le juge en chef Laskin fait

[6] [1898] A.C.700.
[7] [1921] 1 A.C. 413.
[8] [1976] 1 R.C.S. 477.

legislation for the protection of provincial property rights in inland fisheries. The Chief Justice, who delivered the judgment of himself and Judson and Spence JJ., which dissented in the result, made the following statement which was not the subject of disagreement by the majority:

> ... It is, in my view, untenable to fasten on words in a judgment, such as the words "tending to their regulation, protection and preservation", which appear in the reasons in *The Queen v. Robertson*, and read them as if they have literal constitutional significance. Federal power in relation to fisheries does not reach the protection of provincial or private property rights in fisheries through actions for damages or ancillary relief for injury to those rights. Rather, it is concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource, concerned to monitor or regulate undue or injurious exploitation, regardless of who the owner may be, and even in suppression of an owner's right of utilization.

The meaning of the word "fishery" was considered by Newcombe J. in this Court in *Reference as to the Constitutional Validity of Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*[9], at p. 472:

> In Patterson on the Fishery Laws (1863) p. 1, the definition of a fishery is given as follows:
>
> > A Fishery is properly defined as the right of catching fish in the sea, or in a particular stream of water; and it is also frequently used to denote the locality where such right is exercised.
>
> In Dr. Murray's New English Dictionary, the leading definition is:
>
> > The business, occupation or industry of catching fish or of taking other products of the sea or rivers from the water.

The above definitions were quoted and followed by Chief Justice Davey in *Mark Fishing v. United Fishermen & Allied Workers Union*[10], at pp. 591 and 592. Chief Justice Davey at p. 592 added the words:

> The point of Patterson's definition is the natural resource, and the right to exploit it, and the place where the resource is found and the right is exercised.

[9] [1928] S.C.R. 457.
[10] (1972), 24 D.L.R. (3d) 585.

référence au premier extrait susmentionné du jugement du juge en chef Ritchie dans l'affaire *Robertson*. Le juge en chef, qui a prononcé le jugement en son nom et au nom des juges Judson et Spence, jugement dissident quant aux conclusions, a fait une déclaration qui n'est pas l'objet du désaccord de la majorité:

> ... A mon avis, il est insoutenable de s'attacher aux mots d'un arrêt, tels que «visant leur réglementation, leur protection et leur conservation», dans les motifs de *La Reine c. Robertson*, et de leur donner, du point de vue constitutionnel, une portée littérale. Le pouvoir fédéral sur les pêcheries ne s'étend pas à la protection des droits privés ou provinciaux dans les pêcheries par la voie de recours en dommages-intérêts ou de redressements accessoires pour atteinte à ces droits. Il vise plutôt la protection et la conservation des pêcheries, à titre de richesse pour le public, et le contrôle et la réglementation de leur exploitation abusive ou nuisible, quel qu'en soit le propriétaire, et même la suppression de l'exercice du droit par le propriétaire.

Le sens du mot «pêcherie» a été étudié par le juge Newcombe de cette Cour dans le *Renvoi relatif à la constitutionnalité de certains articles de la Loi des pêcheries, 1914*[9], à la p. 472:

> [TRADUCTION] Dans Patterson on the Fishery Laws (1863), à la p. 1, on trouve la définition suivante du mot «pêcherie»:
>
> > En termes précis, le mot pêcherie désigne le droit de prendre du poisson dans la mer ou dans un cours d'eau particulier. On l'utilise aussi fréquemment pour désigner le lieu où s'exerce un tel droit.
>
> Selon le New English Dictionary de Murray, le premier sens de ce terme est le suivant:
>
> > L'entreprise, l'occupation ou l'industrie qui consiste à prendre du poisson ou d'autres produits de la mer ou de rivières.

Ces définitions ont été citées et suivies par le juge en chef Davey dans l'arrêt *Mark Fishing v. United Fishermen & Allied Workers Union*[10], aux pp. 591 et 592. Le juge en chef Davey ajoute ce qui suit à la p. 592:

> [TRADUCTION] La définition de Patterson insiste sur la ressource naturelle, et le droit de l'exploiter, l'endroit où elle se trouve et où le droit est exercé.

[9] [1928] R.C.S. 457.
[10] (1972), 24 D.L.R. (3d) 585.

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 such 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.

In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for British Columbia and others*, to which reference has already been made, the Attorney General for Canada sought to support provisions in the *Fisheries Act, 1914*, which required the obtaining of a federal licence in order to operate, for commercial purposes, a fish cannery or, in British Columbia, a salmon cannery or curing establishment. It was in this case that Lord Tomlin stated his four propositions regarding conflicts between federal and provincial jurisdiction.

The federal argument was that the legislation in issue was valid under s. 91(12) as being directly or incidentally in relation to sea coast and inland fisheries. It was argued that the operation of canning and curing establishments was inseparably connected with the conduct of fisheries.

The legislation was held to be *ultra vires* of Parliament. Lord Tomlin said at pp. 121-22:

It may be, though on this point their Lordships express no opinion, that effective fishery legislation requires that the Minister should have power for the purpose of enforcing regulations against the taking of unfit fish or against the taking of fish out of season, to inspect all fish canning or fish curing establishments and require them to make appropriate statistical returns. Even if this were so the necessity for applying to such establishments any such licensing system as is embodied in the sections in question does not follow. It is not

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.

Dans l'arrêt *Le procureur général du Canada c. Le procureur général de la Colombie-Britannique et autres*, auquel on a déjà fait référence, le procureur général du Canada voulait faire reconnaître la validité de certaines dispositions de la *Loi des pêcheries, 1914*, qui exigeaient l'obtention d'un permis fédéral pour exploiter, à des fins commerciales, une conserverie de poisson ou, en Colombie-Britannique, une conserverie ou une usine de traitement du saumon. C'est dans cet arrêt que lord Tomlin a formulé ses quatre propositions sur les conflits de compétence entre le fédéral et les provinces.

Le fédéral a plaidé que les dispositions législatives en cause étaient valides aux termes du par. 91(12) puisqu'elles se rapportaient directement ou accessoirement aux pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur. Il a allégué que l'exploitation de conserveries et d'usines de traitement est inséparable de l'activité des pêcheries.

On a jugé que les dispositions législatives excédaient les pouvoirs du Parlement. Lord Tomlin dit aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] Il se peut, bien que leurs Seigneuries ne se prononcent pas sur cette question, que pour être efficace, une loi sur les pêcheries doive donner au Ministre les pouvoirs nécessaires pour faire observer les règlements interdisant la prise de poissons non comestibles ou la pêche hors saison, pour inspecter toutes les conserveries ou les usines de traitement de poisson et exiger de ces établissements qu'ils fournissent des renseignements statistiques adéquats. Même si c'était le cas, il ne s'ensuit pas qu'il faille appliquer à ces établissements un

obvious that any licensing system is necessarily incidental to effective fishery legislation, and no material has been placed before the Supreme Court or their Lordships' Board establishing the necessary connection between the two subject matters. In their Lordships' view, therefore, the appellant's second contention is not well founded.

The impugned sections confer powers upon the Minister in relation to matters which in their Lordships' judgment prima facie fall under the subject "property and civil rights in the province," included in s. 92 of the British North America Act, 1867. As already indicated, these matters are not in their Lordships' opinion covered directly or incidentally by any of the subjects enumerated in s. 91.

Counsel for the respondent supports the legislation on the ground that it is preventive legislation intended to protect and preserve fish. He contends that its validity does not depend on showing that the operations to which it relates cause actual harm to a fishery.

The broad scope of the legislation in question is well illustrated in the following passages from the judgment of the Provincial Court judge at trial:

From evidence given in this case and also from judicial notice of the geography of the British Columbia coast and from that which is advanced in argument by both counsel, I have taken into consideration that on the coast of British Columbia where there are substantial logging operations there are innumerable streams, riverlets, and creeks flowing from the land to the various inlets and waters adjacent to the British Columbia coast which is the salt water and portion of the ocean frequented by fish and that the words of the section "into any water frequented by fish or that flows into such water" includes all these creeks, streams and riverlets of free flowing water that accumulate and ultimately flow into the ocean no matter how small and whether or not at any particular part of the water is at that point frequented by fish.

The scope of this legislation covers the handling of any wood material by loggers and land clearers in respect to almost any water in Canada. This section would affect every log, piece of lumber or tree that is so placed or dumped into any river, lake, stream or ocean in Canada from which there is detached therefrom any slash, stump or debris. I cannot conceive that the booming operations, the log drives and similar type of logging

système de permis comme celui prévu dans les articles en cause. Il n'est pas évident qu'un système de permis est nécessairement accessoire à une législation efficace en matière de pêcheries, et ni en Cour suprême ni devant leurs Seigneuries, on n'a produit une preuve qui établisse le lien nécessaire entre les deux sujets. Par conséquent, de l'avis de leurs Seigneuries, la seconde prétention de l'appelant n'est pas bien fondée.

Les articles contestés donnent au Ministre des pouvoirs sur des matières qui, de l'avis de leurs Seigneuries, relèvent de prime abord de la catégorie «propriété et droits civils dans la province» prévue à l'art. 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867. Comme on l'a déjà indiqué, de l'avis de leurs Seigneuries, ces matières ne relèvent ni directement ni accessoirement d'aucun des sujets énumérés à l'art. 91.

L'avocat de l'intimée appuie la disposition législative sur le fondement qu'elle est préventive et a pour objet de protéger et de conserver le poisson. Il fait valoir que sa validité n'est pas subordonnée à la preuve que les activités auxquelles elle se rapporte nuisent effectivement aux pêcheries.

Les extraits suivants tirés de la décision de première instance rendue en Cour provinciale illustrent bien la vaste portée de la disposition en cause:

[TRADUCTION] Après avoir examiné la preuve produite en l'espèce, pris connaissance d'office de la géographie du littoral de la Colombie-Britannique et entendu les arguments des deux avocats, j'ai pris en considération que sur le littoral de la Colombie-Britannique où se trouvent d'importantes exploitations d'abattage, il existe d'innombrables cours d'eau, ruisseaux et ruisselets qui se déversent dans les différents bras et eaux ouverts sur le littoral de la Colombie-Britannique dont les eaux sont salées et poissonneuses et que les mots «une eau fréquentée par le poisson ou qui se déverse dans cette eau» comprennent tous ces ruisselets, cours d'eau et ruisseaux d'eau vive qui se groupent et qui se jettent en définitive dans l'océan peu importe leur importance et peu importe qu'une zone déterminée de ces eaux soit poissonneuse ou non.

Cette disposition législative s'applique à la manutention du bois par ceux qui font de l'abattage et du défrichement et vise presque tous les cours d'eau au Canada. Elle vise toute bille, pièce de bois brut ou arbre ainsi placé ou jeté dans une rivière, un lac, un cours d'eau ou un océan au Canada, et dont se détachent des déchets de bois, souches ou autres débris. Je ne vois pas comment les trains de bois, le flottage du bois et autres

enterprises could be carried out without depositing some debris into the waters used for that purpose. If section 33(3) does not require the additional proof that the deposit of the debris affects the preservation of fish then every such booming operation and log drive would be committing an offence against section 33(3).

The criteria for establishing liability under subs. 33(3) are indeed wide. Logging, lumbering, land clearing and other operations are covered. The substances which are proscribed are slash, stumps and other debris. The amount of the substance which is deposited is not relevant. The legislation extends to cover not only water frequented by fish but also water that flows into such water, ice over any such water and any place from which slash, stumps and other debris are likely to be carried into such water.

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.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and the County Court and restore the judgment at trial. The appellant is entitled to his costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Davis & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

opérations forestières du même genre peuvent s'effectuer sans qu'il se produise un dépôt de débris dans les eaux utilisées à cette fin. Si le par. 33(3) n'exige pas un élément de preuve additionnel selon lequel le dépôt des débris nuit à la conservation du poisson, alors chacune de ces opérations constituerait une infraction au par. 33(3).

Les critères qui servent à déterminer la responsabilité en vertu du par 33(3) sont effectivement larges. Le paragraphe vise l'abattage et la coupe du bois, le défrichement et d'autres opérations forestières. Les substances interdites sont les déchets de bois, les souches et les autres débris. La quantité de substance déposée n'est pas pertinente. Le champ d'application de la disposition législative s'étend non seulement à une eau fréquentée par le poisson mais également à une eau qui se déverse dans cette eau, à la glace qui recouvre cette eau et à tout endroit d'où il est probable que les déchets de bois, les souches et les autres débris soient entraînés dans cette eau.

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.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions de la Cour d'appel et de la Cour de comté et de rétablir le jugement de première instance. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Davis & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener, the Attorney General of British Columbia: R. H. Vogel, Victoria.

Solicitor for the intervener, the Attorney General of New Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique: R. H. Vogel, Victoria.

Procureur de l'intervenant, le procureur général du Nouveau-Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Greenwood Shopping Plaza Limited *(Plaintiff) Appellant*;

and

Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas *(Defendants) Respondents.*

1980: January 24; 1980: June 17.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Contracts — Privity of contract — Landlord and tenant — Whether insurance clauses in a lease agreement exempted tenant's employees from liability — Agency — Trust — Written agreement contradicted.

The appellant is the owner of a shopping centre in Nova Scotia. The respondents were employees of a company, Neil J. Buchanan Limited, which became a tenant of the appellant in 1972. The lease included, in paras. 14 and 15, the provisions which covered insurance of the demised premises and under which the lessor was to insure the buildings against fire or, if itself unable to procure insurance, to permit the lessee to acquire insurance on behalf of the lessor (para. 14) and under which both the lessor and the lessee were to arrange with their respective insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire occasioned by acts of the other (para. 15).

Neither party took any steps towards the performance of these agreements, though both parties were partially insured. On March 3, 1976, a fire which started in the premises leased by the company destroyed part of the shopping centre. The fire was caused by the negligence of the respondents, acting in the course of their employment. The action was brought on behalf of the appellant for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid to the appellant by the insurers.

At trial, the company, as the employer, was held vicariously liable in damages, but the judge held that the company was not liable to the appellant for losses which the appellant failed to insure against, or under any subrogated claim on behalf of the appellant's insurers, and that the respondents, as employees, could no more be sued by the appellant than the company itself. The Court of Appeal dismissed the appeal, being of the opinion that the landlord's covenant in the lease includ-

Greenwood Shopping Plaza Limited *(Demanderesse) Appelante*;

et

Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas *(Défendeurs) Intimés.*

1980: 24 janvier; 1980: 17 juin.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Contrats — Relativité des contrats — Propriétaire et locataire — Clauses d'assurance d'un bail exonérant ou pas les employés du locataire de leur responsabilité — Mandat — Fiducie — Contradiction d'une entente écrite.

L'appelante est propriétaire d'un centre commercial en Nouvelle-Écosse. Les intimés étaient des employés de la compagnie Neil J. Buchanan Limited, qui en 1972 est devenue locataire de l'appelante. Les clauses 14 et 15 du bail traitent de l'assurance des lieux loués. Le bailleur devait assurer les bâtiments contre l'incendie ou s'il ne pouvait lui-même obtenir une assurance, il devait autoriser le preneur à en obtenir une en son nom (clause 14). Le bailleur et le preneur devaient s'entendre avec leurs assureurs respectifs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie provoqué par le fait de l'autre (clause 15).

Aucune des parties n'a fait de démarches pour donner suite à ces dispositions quoique les deux parties fussent partiellement assurées. Le 3 mars 1976, un incendie a pris naissance dans les lieux loués par la compagnie et a détruit une partie du centre commercial. L'incendie est dû à la négligence des intimés dans l'exécution de leurs fonctions. L'action est intentée au nom de l'appelante qui cherche à se faire indemniser pour la perte non-assurée et au nom de ses assureurs contre l'incendie par voie de subrogation en vue de recouvrer les sommes qu'ils lui ont versées.

En première instance, la compagnie à titre d'employeur a été jugée responsable du fait d'autrui et tenue à des dommages-intérêts, mais le juge a conclu que la compagnie n'était ni responsable envers l'appelante des pertes contre lesquelles celle-ci ne s'était pas assurée ni responsable en vertu d'une subrogation exercée au nom des assureurs de l'appelante; il a aussi conclu que pas plus que la compagnie, les intimés, à titre d'employés, ne pouvaient être poursuivis par l'appelante. La Cour d'ap-

ed a promise to cover the employees and that there was an identification of the employees with the employer which saved them from being "strangers to the contract". Leave to appeal to this Court was granted on the narrow question of whether the respondents held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreements in paras. 14 and 15, may claim the benefit of those provisions and thereby receive the same protection as that afforded to the company, their employer.

Held: The appeal should be allowed.

The general rule of the common law is that no one but the parties to a contract can be bound by it, or entitled under it. This rule of privity has not always been applied with the rigor which has developed during modern times. There have been many attempts to break out of the rigid mould imposed by the concept of privity and some statutory relief has been provided in special cases but the concept remains one of general application. Exceptions have been recognized by the courts, in the cases of trust and of agency, but none of these exceptions is available to the respondents, in the case at bar: the implications of a contractual link between employer and employee in this case, sufficient to protect the employees from liability for their own separate negligence, cannot be supported on the limited evidence available, and the Court is not referred to any evidence from which a trust could be inferred. Courts must, in cases of this sort, be wary against drawing inferences upon vague and scanty evidence, where the result would be to contradict the clear words of a written agreement and where rectification is not sought or may not be had. Accordingly, whatever may have been in the minds of the contracting parties, the employees who seek the protection of paras. 14 and 15 were not parties to the contract and may neither sue to enforce nor benefit from it.

Agnew-Surpass Shoe Stores Limited v. Cummer-Yonge Investments Limited, [1976] 2 S.C.R. 221; *Ross Southward Tire Limited et al. v. Pyrotech Products Limited et al.*, [1976] 2 S.C.R. 35; *T. Eaton Company Limited et al. v. Smith et al.*, [1978] 2 S.C.R. 749; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Company Limited v. Pickford & Black Limited*, [1971] S.C.R. 41; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B.S. 393; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*, [1915] A.C. 847; *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co.*

pel a rejeté l'appel, étant d'avis que l'engagement du bailleur dans le bail englobe la promesse de garantir les employés et qu'il y a une identification des employés à l'employeur, ce qui leur évite d'être des «étrangers au contrat». L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour accordée en l'espèce est restreinte à la question de savoir si les intimés qui ont été jugés coupables de la négligence qui a entraîné la perte, mais qui ne sont pas parties au bail et aux ententes sur l'assurance des clauses 14 et 15, peuvent se prévaloir de ces dispositions et, de ce fait, recevoir la même protection que celle accordée à la compagnie, leur employeur.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La règle générale en *common law* est que nul autre que les parties à un contrat ne peut être lié par celui-ci. Cette règle de la relativité des contrats n'a pas toujours été appliquée avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui. On a tenté à plusieurs reprises de se dégager du moule rigide imposé par la notion de la relativité des contrats et dans des cas spéciaux, la correction est venue de la loi, mais la notion en demeure une d'application générale. Les tribunaux ont admis des exceptions dans les cas du mandat et de la fiducie, mais aucune de ces exceptions n'est applicable aux intimés dans la présente affaire: on ne peut appuyer les implications d'un lien contractuel entre l'employeur et l'employé, à même de suffire en l'espèce à protéger les employés contre toute responsabilité du fait de leur propre négligence, sur les éléments de preuve restreints, et on n'a pas produit devant la Cour d'éléments de preuve dont on pourrait déduire l'existence d'une fiducie. Dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent faire attention de ne pas tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve vagues et insuffisants lorsque cela aurait pour résultat de contredire le texte clair d'une entente écrite qu'on ne cherche pas à corriger ou qu'il serait impossible de corriger. En conséquence, quel que soit le but recherché par les cocontractants, il reste que les employés qui cherchent à être garantis par les clauses 14 et 15 ne sont pas parties au contrat et ils ne peuvent ni intenter de poursuites pour le faire respecter ni s'en prévaloir.

Jurisprudence: *Agnew-Surpass Shoe Stores Limited c. Cummer-Yonge Investments Limited*, [1976] 2 R.C.S. 221; *Ross Southward Tire Limited et autres c. Pyrotech Products Limited et autres*, [1976] 2 R.C.S. 35; *La Compagnie T. Eaton Limitée et autre c. Smith et autre*, [1978] 2 R.C.S. 749; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Canadian General Electric Company Limited c. Pickford & Black Limited*, [1971] R.C.S. 41; *Tweddle v. Atkinson* (1861), 1 B.S. 393; *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*, [1915] A.C. 847; *New Zealand Shipping Co.*

Ltd., [1975] A.C. 154; *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*, [1919] A.C. 801; *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*, [1933] A.C. 70, referred to.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1], dismissing an appeal from the judgment of the Trial Division. Appeal allowed.

Arthur Moreira, Q.C., Alexander S. Beveridge and *A. Williams Moreira*, for the plaintiff, appellant.

David Miller, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal concerns the doctrine of privity of contract and the question of the extent of third party rights under contract. The appellant is the owner of a shopping centre in Greenwood, Nova Scotia. Neil J. Buchanan Limited (the company) is a corporation whose shares are all beneficially owned by one Neil J. Buchanan who was active in the management of the company's affairs which concerned the operation of a Canadian Tire Store under franchise. The respondents, Beattie and Pettipas, were at all relevant times employees of the company. The company became a tenant of the appellant in 1972, occupying some of the space in the shopping centre. It took over the unexpired term of a lease with the former tenant and, on the expiration of that term, it was renewed. No new lease was executed but an exchange of letters covered the creation of a new term at a new rent subject to the other conditions contained in the lease. It was found at trial, and has not been since contested, that the terms of the tenancy are set out in the earlier lease, save as modified by the exchange of letters. The lease included, in paras. 14 and 15, the provisions which covered insurance of the demised premises. They are set out hereunder:

14. The Lessor shall insure the buildings on the Entire Premises against fire and supplemental risks on the basis of replacement cost to the extent obtainable and shall

[1] (1979), 6 B.L.R. 41.

Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd., [1975] A.C. 154; *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Limited*, [1919] A.C. 801; *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*, [1933] A.C. 70.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse[1], qui a rejeté un appel du jugement de la Division de première instance. Pourvoi accueilli.

Arthur Moreira, c.r., Alexander S. Beveridge et A. Williams Moreira, pour la demanderesse, appelante.

David Miller, pour les défendeurs, intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ce pourvoi porte sur la doctrine de la relativité des contrats et sur l'étendue des droits des tiers en vertu d'un contrat. L'appelante est propriétaire d'un centre commercial à Greenwood (Nouvelle-Écosse). Neil J. Buchanan Limited (la compagnie) est une société dont les actions appartiennent en propriété véritable à un nommé Neil J. Buchanan. Ce dernier prenait une part active dans la direction des affaires de la compagnie qui exploitait la concession d'un magasin Canadian Tire. Les intimés, Beattie et Pettipas, étaient pendant toute la période en cause des employés de la compagnie. En 1972, la compagnie a loué de l'appelante un local situé dans le centre commercial et a repris le bail en cours conclu avec l'ancien locataire. A son expiration, le bail a été renouvelé. Les parties n'ont pas signé un nouveau bail mais ont convenu, tel qu'il ressort d'un échange de correspondance, d'une nouvelle durée et d'un nouveau loyer et de la reconduction des autres clauses du bail. Le tribunal de première instance a conclu, et cela n'a pas été contesté depuis, que les conditions de location sont stipulées dans le bail primitif, sous réserve des modifications prévues par l'échange de correspondance. Les clauses 14 et 15 du bail traitent de l'assurance des lieux loués. Les voici:

[TRADUCTION] 14. Le bailleur doit assurer les bâtiments du Complexe contre l'incendie et les autres risques sur la base du coût de remplacement, dans la

[1] (1979), 6 B.L.R. 41.

furnish copies of all policies to the Lessee. The Lessor, if itself unable to procure insurance on this basis, and before insuring on a depreciated cost basis, undertakes to give notice to the Lessee of its inability to procure such insurance and to permit the Lessee to acquire insurance on the basis of replacement cost on behalf of the Lessor and for which the Lessor agrees to pay.

15. Both the Lessor and the Lessee will arrange, provided such arrangement is not contrary to the wishes of any existing or future mortgagee of the Entire Premises, with their respective insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire or supplemental perils occasioned by acts of the other, provided such loss is covered by insurance and to the extent only that payment of such loss is made by the insurer.

Neither party to the lease took any steps towards the performance of the agreements mentioned in paras. 14 and 15. The appellant did not insure to replacement cost and neither party took any steps to obtain express waivers of subrogation. The company did not request and the appellant did not deliver a copy of the policy of insurance mentioned in para. 14. The parties were not, however, wholly without insurance. The company secured a minimal amount of $10,000 on some of its own property and the appellant insured the buildings on the basis of the cost of construction with a percentage addition but did not procure coverage for replacement cost nor did it make any arrangement regarding the waiver of subrogation rights. On the night of March 3, 1976, a large part of the shopping centre was destroyed or damaged by fire. The fire started in the premises leased by the company. It was found at trial—and these findings were accepted in the Court of Appeal and have not been contested here—that the fire was caused by the negligence of the respondents, Beattie and Pettipas, acting in the course of their employment, while using welding equipment to erect tire racks in a part of the demised premises used for garage and storage. The action was brought on behalf of Greenwood for the recovery of its uninsured loss and on behalf of its fire insurers by way of subrogation for moneys paid to the appellant by the insurers. The company, Buchanan personally, and certain other parties were originally involved in this litigation, which involved three separate cases,

mesure où il pourra le faire, et doit remettre au preneur des exemplaires de toutes les polices d'assurance. S'il ne peut lui-même obtenir une assurance à ces conditions, le bailleur doit, avant de s'assurer sur la base de la valeur dépréciée, en aviser le preneur et l'autoriser à obtenir en son nom et sur la base du coût de remplacement une assurance dont les primes seront payées par le bailleur.

15. A la condition que cela ne soit pas contraire aux souhaits de tout créancier hypothécaire existant ou éventuel du Complexe, le bailleur et le preneur doivent s'entendre avec leurs assureurs respectifs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie ou d'autres sinistres provoqués par le fait de l'autre, à la condition que cette perte soit garantie par l'assurance et dans la mesure seulement où une indemnité est versée par l'assureur.

Aucune des parties au bail n'a fait de démarches pour donner suite aux dispositions des clauses 14 et 15. L'appelante n'a pas assuré les biens jusqu'à concurrence du coût de remplacement et aucune des parties n'a cherché à obtenir de renonciations expresses au bénéfice de subrogation. La compagnie n'a pas exigé la remise d'un exemplaire de la police conformément à la clause 14 et l'appelante n'en a pas délivré. Malgré tout, les parties n'étaient pas sans assurance. La compagnie a assuré une partie de ses biens pour un montant minimal de $10,000 et l'appelante a assuré les bâtiments sur la base du coût de construction plus un certain pourcentage, mais n'a pas obtenu d'assurance pour garantir le coût de remplacement ni pris de dispositions pour la renonciation au bénéfice de subrogation. Dans la nuit du 3 mars 1976, une partie importante du centre commercial a été détruite ou endommagée par un incendie qui a pris naissance dans les lieux loués par la compagnie. Le tribunal de première instance a conclu—conclusions qui ont été acceptées en Cour d'appel et ne sont pas contestées ici—que l'incendie est dû à la négligence des intimés, Beattie et Pettipas qui, dans l'exécution de leurs fonctions, ont utilisé du matériel de soudure afin d'installer des râteliers à pneus dans une partie des lieux loués utilisés comme garage et entrepôt. L'action est intentée au nom de Greenwood qui cherche à se faire indemniser pour la perte non assurée et au nom de ses assureurs contre l'incendie, par voie de subrogation, en vue de recouvrer les sommes qu'ils ont

all of which were consolidated for trial and dealt with in one trial judgment. This appeal, however, concerns only the appellant and the two respondent employees of the company.

At trial, Cowan C.J.T.D. found the respondents' negligence caused the fire and held the company, as the employer, vicariously liable in damages. However, applying the judgments of this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Limited*[2], *Ross Southward Tire Ltd. v. Pyrotech Products Ltd. et al.*[3], and *T. Eaton Company Ltd. et al. v. Smith et al.*[4], and upon a consideration of the effect of paras. 14 and 15 of the lease, he limited the recovery of the appellant as against the company to such damages which exceeded amounts which were or should have been insured against under the insurance provision in paras. 14 and 15. This excluded from the appellant's recovery against the company both subrogated damages and the appellant's damages consisting of the difference between the amount of insurance and the cost of reconstruction. Rental loss and some incidental expense resulting from the fire were allowed. Damages, however, were not finally fixed at trial or on appeal and remain to be assessed pending the determination of liability.

At the trial, while the respondents were joined as defendants, the question of their separate liability does not seem to have received serious or extensive argument. In supplementary reasons for judgment given on proceedings which were described as "an application for the order" and which followed the trial and the giving of reasons for judgment, Cowan C.J.T.D. disposed of the matter in these terms:

[2] [1976] 2 S.C.R. 221.
[3] [1976] 2 S.C.R. 35.
[4] [1978] 2 S.C.R. 749.

versées à l'appelante. La compagnie, Buchanan, en son nom personnel, et d'autres parties étaient impliqués à l'origine dans ce litige; trois actions distinctes ont été réunies en première instance et ont fait l'objet d'un seul jugement. Ce pourvoi ne concerne toutefois que l'appelante et les deux intimés, employés de la compagnie.

En Division de première instance, le juge en chef Cowan a conclu que la négligence des intimés était à l'origine de l'incendie et que la compagnie, à titre d'employeur, était responsable du fait d'autrui et devait répondre des dommages. Toutefois, en application des arrêts de cette Cour *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*[2], *Ross Southward Tire Ltd. et autres c. Pyrotech Products Ltd. et autres*[3], et *La Compagnie T. Eaton Limitée et autre c. Smith et autre*[4], et après une analyse de l'effet des clauses 14 et 15 du bail, le juge a limité le montant que l'appelante peut recouvrer de la compagnie aux dommages-intérêts dépassant les sommes qui étaient ou devaient être garanties conformément aux clauses 14 et 15. Cela excluait du redressement accordé à l'appelante contre la compagnie à la fois les dommages-intérêts à même d'être obtenus par subrogation et ceux qui correspondaient à la différence entre le montant de l'assurance et le coût de la reconstruction. Le jugement a fait droit à la perte de location et à des dépenses accessoires découlant de l'incendie. Toutefois, les dommages-intérêts n'ont pas été fixés de façon définitive en première instance ni en appel; ils devront être évalués une fois la responsabilité établie.

Bien que les intimés aient été joints en première instance comme codéfendeurs, la question de leur responsabilité distincte ne semble pas avoir fait l'objet de débats importants ou exhaustifs. Dans des motifs de jugement additionnels exposés à l'issue de ce qu'on a appelé [TRADUCTION] «une demande d'ordonnance» qui est postérieure à l'instruction et à la délivrance des motifs de jugement, le juge en chef Cowan règle cette question en ces termes:

[2] [1976] 2 R.C.S. 221.
[3] [1976] 2 R.C.S. 35.
[4] [1978] 2 R.C.S. 749.

A question was also raised as to the position of the defendants, Beattie and Pettipas, and as to whether or not the right of recovery of the Greenwood company against these defendants was similarly limited.

Clause 15 provided that the Greenwood company, as lessor, would arrange with its insurers not to grant subrogation rights for the recovery of any loss through fire or supplemental perils occasioned by acts of the lessee, provided such loss was covered by insurance and to the extent only that payment of such loss was made by the insurer. The defendants, Beattie and Pettipas, were not parties to the lease which was in force between the Greenwood company as lessor and the Buchanan company as lessee. It was suggested that the insurers of the Greenwood company were entitled to subrogation against Beattie and Pettipas, employees of the Buchanan company, acting within the scope of their authority, for whose negligence the Buchanan company is vicariously liable.

Counsel were not able to cite any authority in support of their respective views and the point appears to be one of first impression.

On consideration, it appears to me that the clause in question was intended by the parties to provide that there should be no right of subrogation on the part of the insurers of the Greenwood company in respect of losses, for which the Buchanan company might be liable, either because of its own negligence or because of the negligence of others, for whose actions it would be vicariously liable. That is the effect of the reasons for judgment which I delivered on May 26, 1978.

It seems to me that it follows logically that if there is no right of subrogation against the Buchanan company, in respect of the particular loss, there should be no right of subrogation against the employees of the Buchanan company for whose negligence the Buchanan company is responsible.

In the Court of Appeal, which affirmed the trial decision, MacKeigan C.J.N.S., after agreeing that the company was not liable to Greenwood for losses which Greenwood failed to insure against, or under any subrogated claim on behalf of Greenwood's insurers, dealt with the position of the respondents in these terms:

Greenwood's final contention, that in any event the respondents Beattie and Pettipas were not protected by the lease, must, in my opinion, fail. Buchanan, in obtain-

[TRADUCTION] La question de la situation des défendeurs, Beattie et Pettipas, a été soulevée de même que celle de savoir si le droit de la compagnie Greenwood à des dommages-intérêts contre ces défendeurs était également restreint.

La clause 15 prévoit que la compagnie Greenwood, à titre de bailleur, doit s'entendre avec ses assureurs pour ne pas leur accorder de droits de subrogation pour le recouvrement de toute perte résultant d'un incendie ou d'autres sinistres provoqués par le fait du preneur, à la condition que cette perte soit garantie par l'assurance et dans la mesure seulement où une indemnité est versée par l'assureur. Les défendeurs Beattie et Pettipas n'étaient pas parties au bail conclu entre la compagnie Greenwood en sa qualité de bailleur et la compagnie Buchanan en sa qualité de preneur. On a allégué que les assureurs de la compagnie Greenwood étaient subrogés dans les droits de leur assurée contre Beattie et Pettipas, employés de la compagnie Buchanan, qui agissaient dans les limites de leurs fonctions et dont la négligence a engagé la responsabilité de la compagnie Buchanan.

Les avocats n'ont pu citer de jurisprudence à l'appui de leurs points de vue respectifs et la question semble en être une de première impression.

Après réflexion, j'estime qu'aux termes de la clause visée, les parties entendaient ne consentir aucune subrogation au profit des assureurs de la compagnie Greenwood pour les pertes dont la compagnie Buchanan pouvait être tenue responsable à cause de sa propre négligence ou de celle de tiers dont les actes la rendent responsable. C'est la portée des motifs de jugement que j'ai exposés le 26 mai 1978.

A mon avis, il s'ensuit nécessairement que s'il n'y a pas de droit de subrogation contre la compagnie Buchanan relativement à la perte en cause, il ne devrait pas y en avoir contre les employés de la compagnie Buchanan dont la négligence a entraîné la responsabilité de la compagnie.

La Cour d'appel a confirmé la décision de première instance. Après avoir reconnu que la compagnie n'était ni responsable envers Greenwood des pertes contre lesquelles celle-ci ne s'était pas assurée, ni responsable en vertu d'une subrogation exercée au nom des assureurs de Greenwood, le juge en chef MacKeigan traite en ces termes de la situation des intimés:

[TRADUCTION] La dernière prétention de Greenwood, savoir qu'en tout état de cause, les intimés Beattie et Pettipas n'étaient pas protégés par le bail, doit, à mon

ing indirect insurance coverage against liability for its own negligence, must have intended to cover also its employees' liability since its negligence as a corporation only arises vicariously from its employees' negligent acts or omissions.

Greenwood's insurance covers fire caused by any means and by any person, including Buchanan and its employees. Clause 14 gives Buchanan the benefit of that presumed insurance. Greenwood can, it seems to me, no more sue Buchanan's employees than it can sue Buchanan.

After making reference to *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*[5], and to the comments on that case by Ritchie J. in this Court in *Canadian General Electric Company Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*[6], at pp. 43 and 44, he dealt with those authorities in these terms:

I need not try to analyze whether the *Midland Silicones* principle has been diluted by *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*, [1975] A.C. 154 (P.C.), and other recent cases, although I have read with profit comments, generally critical of the principle in (1977) 55 Can. Bar Rev. 327 (S.M. Waddams), (1977) 40 Mod. L. Rev. 706 (Peter Handford), and 709, (J.L.R. Davis), and (1978) 28 U.T.L.J. 75 (Graham Battersby). I find the principle does not apply here because the employees of the tenant and of the landlord are not "strangers" to the contract. They are impliedly beneficaries of the covenant to insure contained in the lease and thus fall within one of Lord Reid's exceptions (p. 474) to his "fundamental principle", namely, where the parties to the contract have intended the exemption from liability to extend to the alleged stranger or third party.

He was of the opinion that the landlord's covenant in the lease included a promise to cover the employees and he found an identification of the employees with the employer which saved them from being "strangers to the contract". He continued:

Here the landlord's covenant to insure implied, as we have seen, a promise by the landlord to the tenant to assume by insurance the risk of loss by fire caused by

[5] [1962] A.C. 446 (H.L.), [1962] 1 All E.R. 1.
[6] [1971] S.C.R. 41.

avis, échouer. Lorsque Buchanan a obtenu indirectement une assurance contre toute responsabilité encourue par suite de sa propre négligence, elle entendait certainement garantir la responsabilité de ses employés puisque sa négligence en tant que compagnie ne naît que du fait d'autrui, par suite d'omissions ou d'actes négligents de ses employés.

L'assurance de Greenwood la garantit contre tout incendie provoqué de quelque manière que ce soit et peu importe par qui y compris Buchanan et ses employés. La clause 14 donne à Buchanan le droit d'être indemnisée au titre de cette assurance. A mon avis, Greenwood ne peut pas plus poursuivre les employés de Buchanan qu'elle ne peut poursuivre cette dernière.

Après avoir cité *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*[5], et les commentaires de cet arrêt faits par le juge Ritchie de cette Cour dans *Canadian General Electric Company Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*[6], aux pp. 43 et 44, il traite de cette jurisprudence en ces termes:

[TRADUCTION] Je n'ai pas à chercher à analyser si le principe énoncé dans l'arrêt *Midland Silicones* a été atténué par l'arrêt *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*, [1975] A.C. 154 (C.P.), et d'autres décisions récentes, même si j'ai lu avec profit des études généralement critiques de ce principe dans (1977) 55 R. du B. Can. 327 (S.M. Waddams), (1977) 40 Mod. L. Rev. 706 (Peter Handford) et 709, (J.L.R. Davis), et (1978) 28 U.T.L.J. 75 (Graham Battersby). J'estime que le principe ne s'applique pas en l'espèce puisque les employés du preneur et du bailleur ne sont pas des «étrangers» au contrat. Ils sont implicitement bénéficiaires de l'engagement de contracter une assurance contenu dans le bail et se trouvent ainsi dans l'une des exceptions énoncées par lord Reid (p. 474) à son «principe fondamental», savoir l'intention des parties au contrat d'exonérer de toute responsabilité les présumés étrangers ou tiers.

Il est d'avis que l'engagement du bailleur dans le bail englobe la promesse de garantir les employés et il conclut à une identification des employés à l'employeur, ce qui leur évite d'être des «étrangers au contrat». Il poursuit en ces termes:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'engagement du bailleur de contracter une assurance comporte, comme on l'a déjà vu, une promesse faite au preneur d'assumer au

[5] [1962] A.C. 446 (Ch.L.), [1962] 1 All E.R. 1.
[6] [1971] R.C.S. 41.

any means, including the negligence of the tenant and its employees. That assumption of risk implied a further promise not to sue the tenant for damage which would be covered by that risk. In my opinion, this latter promise must have been intended to extend to the employees through whom and for whom the tenant was responsible.

This presumed intent to benefit the employee, in my view, arises from the identification, in this type of case, of the employees with their corporate employer, an identification which does not occur, for example, between a shipper and an independent contractor, such as a stevedoring company. Their acts and omissions are the employer's act. All duties imposed on the tenant by the lease are performed by the employees, including the duty not to harm the landlord's property. Any right of the tenant under the lease, such as the right to occupy the demised premises, or to use the parking lot and other common facilities of the shopping centre, is exercised and enjoyed for the tenant by the employees and becomes a right of the employees, e.g., the implied "right" not to be sued for trespass. Why should the implied right not to be sued for negligence be different?

It will be seen that the learned Chief Justice recognized the general common law principle that a person not a party to a contract can neither sue to enforce it nor rely upon it to protect himself from liability. He considered, however, that the doctrine should be applied with some exceptions and that one was to be found in the case at bar, the respondents being identified with the employer and not independent contractors as in the stevedoring cases.

The order giving leave to appeal to this Court provided:

> It is ordered that leave to appeal be granted from the judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, insofar as it relates to the claim of the appellant as against the respondents, Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas.

This limits the scope of the appeal to the narrow question of whether the respondents, held to have been guilty of negligence which caused the loss, but not parties to the lease and the insuring agreements in paras. 14 and 15, may claim the benefit

moyen d'une police d'assurance le risque de perte résultant d'un incendie provoqué de quelque manière que ce soit, y compris par la négligence du preneur et de ses employés. Cette prise en charge du risque implique une autre promesse, celle de ne pas poursuivre le preneur pour des dommages découlant de la réalisation du risque. A mon avis, cette promesse doit s'étendre aux employés du fait desquels le preneur est responsable.

A mon avis, cette intention présumée de protéger l'employé provient dans ce genre d'affaire de l'identification des employés à la compagnie qui les emploie, identification qui ne se produit pas, par exemple, entre un affréteur et un entrepreneur indépendant, telle une compagnie d'arrimage. Leurs actes et leurs omissions sont le fait de l'employeur. Toutes les obligations imposées au preneur par le bail sont exécutées par les employés, y compris l'obligation de ne pas endommager les biens du bailleur. Les droits du preneur aux termes du bail, tels que le droit d'occuper les lieux loués ou d'utiliser le stationnement et les autres installations communes du centre commercial, sont exercés au nom du preneur par les employés qui en jouissent. Ces droits deviennent ceux des employés comme, par exemple, le «droit» implicite de ne pas être poursuivi pour violation du droit de propriété. Pourquoi en serait-il autrement du droit implicite de ne pas être poursuivi pour négligence?

On notera que le savant Juge en chef a admis le principe général de *common law* voulant qu'une personne qui n'est pas partie à un contrat ne peut engager de poursuites pour en obtenir l'exécution ni se retrancher derrière pour se protéger contre toute responsabilité. Il a toutefois estimé que la doctrine devrait souffrir certaines exceptions: l'affaire en cause en constitue une, puisque les intimés s'identifient à l'employeur et non pas à des entrepreneurs indépendants comme dans les affaires d'arrimage.

L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour prévoit ce qui suit:

> [TRADUCTION] La cour autorise le pourvoi interjeté de l'arrêt rendu par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse pour ce qui est de la réclamation de l'appelante contre les intimés Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas.

Elle restreint le pourvoi à la question étroite de savoir si les intimés qui ont été jugés coupables de la négligence qui a entraîné la perte, mais qui ne sont pas parties au bail et aux ententes sur l'assurance des clauses 14 et 15, peuvent se prévaloir de

of those provisions and thereby receive the same protection as that afforded to the company, their employer, who was otherwise equally liable with them for their negligence.

This question, it was argued by the appellant, had been settled in England since *Tweddle v. Atkinson*[7]. It was restated in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*[8], and put beyond doubt by the more recent *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd., supra.* This authority was approved in this Court in *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd., supra*, and thus the law in Canada has been settled upon this point.

The respondent contended that the case turned on a finding of fact made in the Courts below that the employees of the tenant were within the contemplation of the parties when the agreement regarding insurance revealed in paras. 14 and 15 of the lease was made and they were therefore entitled to its benefit. The effect of the argument was that the employees, if not formal parties to the contract, were nevertheless intended objects of its benefits along with their employer and accordingly the trial judgment was correct. In the alternative, it was contended that the *Midland Silicones* case had not settled the law in Canada and that the point relied upon by the appellant was still open in this Court.

The rule relating to privity of contract has been stated in many authorities in sometimes varying form, but a convenient expression may be found in *Anson's Law of Contract*, 25th ed., 1979, p. 411, in these terms:

> We come now to deal with the effects of a valid contract when formed, and to ask, To whom does the obligation extend? What are the limits of a contractual agreement? This question must be considered under two separate headings: (1) the imposition of liabilities upon a third party, and (2) the acquisition of rights by a third party. We shall see that the general rule of the common law is that no one but the parties to a contract can be

[7] (1861), 1 B.S. 393.
[8] [1915] A.C. 847 (H.L.).

ces dispositions et, de ce fait, recevoir la même protection que celle accordée à la compagnie, leur employeur, qui était, par ailleurs, responsable au même titre que ses employés de la négligence de ces derniers.

L'appelante fait valoir que cette question est réglée en Angleterre depuis l'arrêt *Tweddle v. Atkinson*[7]. Elle a été posée à nouveau dans *Dunlop Pneumatic Tyre Co. and Selfridge and Co.*[8], et définitivement résolue dans un arrêt plus récent *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, précité. Cette Cour a approuvé ce dernier arrêt dans *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, précité, et donc le droit au Canada est fixé sur ce point.

Les intimés font valoir que l'affaire dépend d'une conclusion de fait des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle lorsque les parties ont conclu l'entente sur l'assurance énoncée par les clauses 14 et 15 du bail, elles entendaient qu'elle s'applique aux employés du preneur et que, par conséquent, ceux-ci ont le droit d'en bénéficier. L'effet de l'argument est que, sans être explicitement parties au contrat, les employés n'en sont pas moins des bénéficiaires au même titre que leur employeur et que le jugement de première instance est donc bien fondé. Les intimés allèguent, à titre subsidiaire, que l'arrêt *Midland Silicones* ne fixe pas les principes de droit applicables au Canada et que cette Cour n'a pas encore statué sur le point invoqué par l'appelante.

La règle en matière de relativité des contrats a été énoncée dans la doctrine et la jurisprudence de diverses façons, mais c'est dans *Anson's Law of Contract*, 25e éd, 1979, que l'on trouve la formulation la plus utile (p. 411):

> [TRADUCTION] Passons maintenant à l'étude des effets d'un contrat validement formé. Demandons-nous qui sont les parties à qui incombent les obligations? Quelles sont les limites d'une entente contractuelle? Cette question se divise en deux parties: 1) l'imposition de responsabilités à un tiers et 2) l'acquisition de droits par un tiers. Nous verrons qu'en *common law*, la règle générale est que nul autre que les parties à un contrat ne peut

[7] (1861), 1 B.S. 393.
[8] [1915] A.C. 847 (Ch.L.).

bound by it, or entitled under it. This principle is known as that of privity of contract.

Paragraphs 14 and 15 of the lease are part of a valid contract between Greenwood and the company which confers rights and liabilities upon each of them and for which there was the necessary consideration. It is clear as well that in entering into that contract the parties were fully aware of the use to which the employer would put the demised premises and that the company would engage employees. There was at least some awareness of the risk of fire attendant upon such use because the parties agreed to guard against it by insurance arrangements. Whatever may have been in the minds of the contracting parties, however, the employees who seek the protection of paras. 14 and 15 were not parties to the contract and, according to the common law of contract, may neither sue to enforce nor benefit from it. We have here at most a contract where "A" and "B" entered into certain covenants for their mutual protection, from which it is said benefits were to flow to "C" and "D". There are many authorities for the proposition that save for certain exceptions, of which agency and trust afford examples, "C" and "D" in the illustration above can take no benefit under the contract.

The rule of privity has not always been applied with the rigor which has developed during modern times. It has been clear, however, since *Tweddle v. Atkinson* that the rule has had decisive effect in this branch of the law. There are many cases which have applied this principle but those most commonly referred to in England in recent times are *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge and Company*, decided in 1915, and *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, decided in 1962, both in the House of Lords. The law on this point has been settled in England. In Canada, the same rule has generally been followed. In this Court, in *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Pickford & Black Ltd.*, the case of *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, was adopted and approved as correctly stating the law but on facts which involved an

être lié par celui-ci ou avoir des droits en découlant. Ce principe est connu comme celui de la relativité des contrats.

Les clauses 14 et 15 du bail font partie d'un contrat valide entre Greenwood et la compagnie, aux termes duquel chacun des contractants a des droits et des obligations et pour lequel il y a eu la contrepartie nécessaire. Il est tout aussi évident qu'en concluant ce contrat, les parties étaient tout à fait au courant de l'utilisation que ferait l'employeur des lieux loués et de ce que la compagnie embaucherait des employés. Puisqu'elles se sont mises d'accord pour se garantir contre le risque d'incendie en concluant des ententes à cet effet, les parties étaient au moins partiellement au courant du risque d'incendie correspondant à cette utilisation. Toutefois, quel que soit le but recherché par les cocontractants, il reste que les employés qui cherchent à être garantis par les clauses 14 et 15 ne sont pas parties au contrat et que, conformément au droit des contrats en *common law*, ils ne peuvent ni intenter de poursuites pour le faire respecter ni s'en prévaloir. Nous sommes tout au plus en présence d'un contrat en vertu duquel «A» et «B» ont pris certains engagements en vue de leur protection mutuelle dont «C» et «D», allègue-t-on, devraient bénéficier. De nombreux arrêts étayent la proposition que, sauf certaines exceptions, dont le mandat et la fiducie, «C» et «D» ne peuvent bénéficier du contrat.

La règle de la relativité des contrats n'a pas toujours été appliquée avec la rigueur que l'on connaît aujourd'hui. Il est clair toutefois depuis *Tweddle v. Atkinson* qu'elle a eu un effet décisif dans ce domaine du droit. De nombreux arrêts ont appliqué ce principe, mais les arrêts les plus couramment cités en Angleterre actuellement sont *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge and Company* et *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.* rendus respectivement en 1915 et en 1962 par la Chambre des lords. Le droit en cette matière a été dit en Angleterre. Les tribunaux canadiens ont de façon générale suivi la même règle. Dans *Canadian General Electric Co. Ltd. c. Pickford & Black Ltd.*, cette Cour a adopté et approuvé l'arrêt *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, comme un énoncé correct du droit, mais les faits y met-

independent contractor rather than an employee. There have been many attempts to break out of the rigid mould imposed by the concept of privity and some statutory relief has been provided in special cases but the concept remains one of general application. If the case at bar cannot be brought into one or other of the exceptions which have become known in the law, or if it cannot be distinguished on its facts from the various cases which would otherwise bind us, this appeal would have to succeed.

The appellant's factum states the issue at the opening of the argument in these words:

> It is respectfully submitted that the overwhelming weight of modern authority, including an applicable series of decisions in this Court, holds that a person can in no circumstances claim the benefit of a contract in which he is not a party, unless it is a contract made on his behalf by his agent, or unless a trust has been constituted of which he is the beneficiary.

For the two exceptions referred to, agency and trust, authority may be found. In *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*[9], the benefit of an exemption from liability provided for in a contract of carriage was extended to the non-party stevedore on the basis that the carrier, a party to the contract, had contracted as agent for the stevedore. In this case, however, the stevedore was the carrier's agent in New Zealand and the Court concluded that the carrier had authority when entering into the contract of carriage to contract for the stevedore. In addition, it was considered that the stevedore, in performing the service of unloading the ship for the shipper, had given consideration. In the case at bar, we were not furnished in this Court with a full transcript of the evidence heard at trial. We are, therefore, unable to ascertain the evidentiary base for the findings which identified the respondents with the company for contractual purposes. The implication of a contractual link between employer and employee in this case, sufficient to protect the employees from liability for their own separate negligence, cannot, in my view, be supported on

[9] [1975] A.C. 154.

taient en cause un entrepreneur indépendant plutôt qu'un employé. On a tenté à plusieurs reprises de se dégager du moule rigide imposé par la notion de la relativité des contrats et, dans des cas spéciaux, la correction est venue de la loi, mais la notion en demeure une d'application générale. Si la présente affaire ne relève pas de l'une ou l'autre des exceptions connues en droit, ou si elle ne peut être distinguée vu ses faits des diverses affaires qui autrement lient la Cour, il faudra alors accueillir ce pourvoi.

L'appelante dans son factum pose la question en litige au début de l'argumentation en ces termes:

> [TRADUCTION] Avec égards, l'appelante fait valoir que suivant le poids accablant de la jurisprudence moderne, y compris une série pertinente d'arrêts de cette Cour, une personne ne peut en aucun cas se prévaloir d'un contrat auquel elle n'est pas partie à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat conclu en son nom par son mandataire ou à moins qu'une fiducie dont elle est la bénéficiaire n'ait été constituée.

Les deux exceptions précitées, savoir le mandat et la fiducie, ont fait l'objet de décisions judiciaires. Dans *New Zealand Shipping Co. Ltd. v. A.M. Satterthwaite & Co. Ltd.*[9], le bénéfice d'une exemption de responsabilité prévu dans un contrat de transport a été étendu à l'acconier, un tiers au contrat, parce que le transporteur, partie au contrat, avait passé ce contrat en sa qualité de mandataire de l'acconier. Dans cette affaire, toutefois, l'acconier était le mandataire du transporteur en Nouvelle-Zélande et la Cour a conclu que le transporteur avait le pouvoir, en passant le contrat de transport, d'engager l'acconier. De plus, la Cour a considéré que l'acconier, en déchargeant le navire pour l'expéditeur, avait fourni une contrepartie. Puisqu'en l'espèce, on n'a pas produit devant cette Cour une transcription complète des témoignages entendus en première instance, il nous est impossible de vérifier dans la preuve le fondement des conclusions qui ont identifié les intimés à la compagnie à des fins contractuelles. On ne peut à mon avis appuyer les implications d'un lien contractuel entre l'employeur et l'employé, à même de suffire en l'espèce à protéger les employés contre toute

[9] [1975] A.C. 154.

the limited evidence available for our consideration. It therefore appears impossible to give effect to the agency exception.

The other avenue of escape for the respondents would be that of trust. To succeed upon that footing, the respondents would have to show that for the purposes of the covenants in paras. 14 and 15, the company was contracting as their trustee. The base for this argument has frequently been said to be the case of *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*[10] It has also been recognized in *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*[11] by Lord Wright at pp. 79-80:

It cannot be questioned that abstractly such a trusteeship is competent. No doubt at common law no one can sue on a contract except those who are contracting parties and (if the contract is not under seal) from and between whom consideration proceeds: the rule is stated by Lord Haldane in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*: "My Lords in the law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract can sue on it. Our law knows nothing of a jus quaesitum tertio arising by way of contract. Such a right may be conferred by way of property, as, for example, under a trust, but it cannot be conferred on a stranger to a contract as a right to enforce the contract in personam." In that case, as in *Tweddle v. Atkinson*, only questions of direct contractual rights in law were in issue, but Lord Haldane states the equitable principle which qualifies the legal rule, and which has received effect in many cases, as, for instance, *Robertson v. Wait*; *Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*; *Lloyd's v. Harper* namely, that a party to a contract can constitute himself a trustee for a third party of a right under the contract and thus confer such rights enforceable in equity on the third party. The trustee then can take steps to enforce performance to the beneficiary by the other contracting party as in the case of other equitable rights. The action should be in the name of the trustee; if, however, he refuses to sue, the beneficiary can sue, joining the trustee as a defendant. But, though the general rule is clear, the present question is whether R.E. Berry can be held in this case to have constituted such a trust. But

[10] [1919] A.C. 801.
[11] [1933] A.C. 70.

responsabilité du fait de leur propre négligence, sur les éléments de preuve restreints dont nous disposons. Il est donc impossible de donner effet à l'exception du mandat.

L'autre choix qui s'offre aux intimés serait celui de la fiducie. Pour avoir gain de cause sur ce moyen, les intimés doivent démontrer qu'aux fins des engagements stipulés dans les clauses 14 et 15, la compagnie passait le contrat en tant que fiduciaire des intimés. On a souvent allégué que cet argument trouvait son fondement dans l'arrêt *Les Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*[10] L'argument a également été reconnu dans l'arrêt *Vandepitte v. Preferred Accident Insurance Corporation of New York*[11], où lord Wright tient les propos suivants aux pp. 79 et 80:

[TRADUCTION] Il est indubitable que théoriquement, pareille fiducie est valable. Il est évident qu'en *common law*, seules les parties contractantes et (si le contrat n'est pas scellé) celles qui ont convenu d'une contrepartie et qui l'ont fournie peuvent engager des poursuites en vertu d'un contrat: la règle est énoncée par lord Haldane dans *Dunlop Pneumatic Tyre Co. v. Selfridge & Co.*: «Vos Seigneuries, en droit anglais, il y a certains principes fondamentaux. Ainsi, seule une personne partie à un contrat peut engager des poursuites en vertu de ce contrat. Notre droit ne sait rien du *jus guaesitum tertio* né d'un contrat. Un tel droit peut être conféré par le biais du droit des biens, par exemple en vertu d'une fiducie, mais il ne peut être conféré à un étranger au contrat pour lui donner le droit de faire exécuter le contrat *in personam*.» Dans cet arrêt, comme dans l'arrêt *Tweddle v. Atkinson*, seules des questions de droits contractuels directs étaient en cause, ce qui n'a pas empêché lord Haldane de citer le principe d'*equity* qui tempère la règle de droit et qui a été mis en application dans de nombreux arrêts, tels *Robertson v. Wait*; *Affréteurs Réunis Société Anonyme v. Leopold Walford (London) Ltd.*; *Lloyd's v. Harper*; savoir qu'une partie à un contrat peut se constituer fiduciaire, au nom d'un tiers, d'un droit découlant du contrat et ainsi lui conférer des droits exécutoires en *equity*. Le fiduciaire peut alors prendre des mesures pour que soit exécuté le contrat par l'autre partie contractante au profit du bénéficiaire, comme dans le cas d'autres droits en *equity*. L'action doit être intentée au nom du fiduciaire; si, toutefois, il refuse d'engager des poursuites, le bénéficiaire peut le

[10] [1919] A.C. 801.
[11] [1933] A.C. 70.

here again the intention to constitute the trust must be affirmatively proved.

The question then is, can the trust be shown in the case at bar? Upon this point, I must again conclude against the respondents. We were not referred to any evidence from which a trust could be inferred. Indeed, the issue of trust does not seem to have been argued in the Courts below, and neither trust nor agency was pleaded. I am unable, on a consideration of the limited evidence before this Court, to draw an inference that the company was contracting with Greenwood as a trustee for its employees. A common test applied to determine whether a trust has been created has been to pose the question whether the parties to the contract could change the contractual terms without reference to the alleged cestui que trust. If the answer is yes, no trust has been created. The contracting parties could surely have altered the terms of paras. 14 and 15 without the respondent's consent in this case. MacKeigan C.J.N.S., in his judgment, nevertheless seems to have had in mind something in the nature of a trust relationship when he referred to the respondents as not being "strangers to the contract". Despite this fact, it is not, in my view, open to this Court to reach such a conclusion and, in my opinion, the trust exception may not be inferred. Counsel for the respondents argued that in the trial and appeal Courts there had been a concurrent finding of fact to the effect that the parties intended that clause 14 of the lease would require the landlord to assume by insurance the risk of loss by fire and would not sue the tenant or the tenant's employees for loss or damage caused by fire, whether the loss was occasioned by negligence or otherwise. He argued as well that such findings of fact should not be lightly set aside by this Court. I am in agreement that we should not interfere lightly with findings of fact, but we are referred to no evidence which supports such findings and counsel agrees in his factum that it "undoubtedly rests largely on inference". It must also be observed that the clear and precise words of paras. 14 and 15 limit the application of the insurance provisions to the parties to the lease, the

faire tout en joignant le fiduciaire à titre de défendeur. Mais, malgré la clarté de la règle générale, la question en cause est de savoir si R.E. Berry a constitué une telle fiducie. Mais encore une fois l'intention de constituer la fiducie doit être prouvée de façon positive.

La question est donc de savoir si on peut en l'espèce démontrer l'existence d'une fiducie. Sur ce point, je dois encore une fois me prononcer contre les intérêts des intimés. Ces derniers ne nous ont présenté aucun élément de preuve dont on pourrait déduire l'existence d'une fiducie. De fait, la question d'une fiducie ne semble pas avoir été débattue devant les tribunaux d'instance inférieure; ni la fiducie ni le mandat n'y ont été plaidés. Il m'est impossible après avoir étudié la preuve restreinte produite devant cette Cour, de déduire que la compagnie a conclu le contrat avec Greenwood en qualité de fiduciaire de ses employés. Un des critères habituels qui sert à déterminer s'il y a création d'une fiducie consiste à se demander si les parties au contrat peuvent en modifier les termes sans faire référence aux prétendus bénéficiaires de la fiducie. Si la réponse est affirmative, alors aucune fiducie n'a été constituée. Les parties contractantes pouvaient sans nul doute modifier les termes des clauses 14 et 15 sans obtenir en l'espèce le consentement des intimés. Il reste que le juge en chef MacKeigan semble avoir retenu l'idée de rapports de type fiduciaire lorsqu'il dit dans son jugement que les intimés n'étaient pas des «étrangers au contrat». Malgré ce fait, cette Cour ne peut conclure en ce sens; à mon avis, on ne peut conclure par déduction à l'exception de fiducie. L'avocat des intimés fait valoir que les tribunaux de première instance et d'appel sont arrivés à une conclusion de fait concordante, savoir que les parties entendaient par la clause 14 du bail exiger du bailleur qu'il prenne en charge, au moyen d'une assurance, le risque de perte découlant d'un incendie et qu'il ne poursuive pas le preneur ni les employés de ce dernier pour perte ou dommages causés par un incendie, que la perte soit imputable à la négligence ou à autre chose. Il fait également valoir que des conclusions de fait semblables ne devraient pas être rejetées à la légère par cette Cour. Je suis d'accord pour dire que nous ne devrions pas toucher à la légère aux conclusions de fait, mais on ne nous a présenté aucun élément de

appellant and the company. Courts must, in cases of this sort, be wary against drawing inferences upon vague and scanty evidence, where the result would be to contradict the clear words of a written agreement and where rectification is not sought or may not be had.

I would allow the appeal with costs in this Court, set aside the judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, as against the respondents Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas and vary the judgment of the Trial Division so that para. 4 of the Order will read:

(4) THAT Greenwood Shopping Plaza Limited do have Judgment against the Defendants Neil J. Buchanan Limited, Robert Walker Beattie and Roy Vincent Pettipas in the amounts of its damages excepting as against the Defendant Neil J. Buchanan Limited those losses which were insured or which should have been insured by virtue of the provisions of clauses 14 and 15 of the lease referred to in the reasons for judgment, together with its costs of the action to be taxed.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the plaintiff, appellant: Arthur R. Moreira, Halifax.

Solicitor for the defendants, respondents: David R. Chipman, Halifax.

preuve à même de les étayer et l'avocat reconnaît dans son factum que ces conclusions [TRADUCTION] «reposent largement sans aucun doute sur une déduction». Il faut également souligner que le texte clair et précis des clauses 14 et 15 restreint aux parties au bail, savoir l'appelante et la compagnie, l'application des dispositions en matière d'assurance. Dans ce genre d'affaire, les tribunaux doivent faire attention de ne pas tirer des conclusions à partir d'éléments de preuve vagues et insuffisants lorsque cela aurait pour résultat de contredire le texte clair d'une entente écrite qu'on ne cherche pas à corriger ou qu'il serait impossible de corriger.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en cette Cour, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse quant aux intimés Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas et de modifier le jugement de la Division de première instance de façon que le par. 4 du dispositif se lise comme suit:

(4) QUE Greenwood Shopping Plaza Limited recouvre des défendeurs Neil J. Buchanan Limited, Robert Walker Beattie et Roy Vincent Pettipas le montant de ses dommages excepté quant à la défenderesse Neil J. Buchanan Limited les pertes qui étaient couvertes par assurance ou auraient dû l'être selon les stipulations des clauses 14 et 15 du bail mentionné dans les motifs de jugement, avec en outre ses dépens de l'action à taxer.

Appel accueilli avec dépens.

Procureur de la demanderesse, appelante: Arthur R. Moreira, Halifax.

Procureur des défendeurs, intimés: David R. Chipman, Halifax.

Quebec and Ontario Transportation Company Limited *Appellant*;

and

The Ship "Incan St. Laurent" and Incan Ships Limited *Respondents.*

1980: October 29.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Jurisdiction of the Federal Court — Maritime law — Joint venture contract — Relationship between the contract and the obligations created by the "Heads of Agreement" governed by the Civil Code — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, art. 22.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing an appeal from a judgment of the Federal Court, Trial Division[2], holding that the Federal Court had no jurisdiction to hear the claim. Appeal dismissed.

Graham Nesbitt and *Thomas Davis*, for the appellant.

M. S. Bistrisky, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal fails and should be dismissed with costs. Circumstances attending the issues in this case since the judgment of this Court in *Quebec North Shore Paper Company et al. v. Canadian Pacific Limited et al.*[3], confirm our unanimous view that the judgment of LeDain J. in the Federal Court of Appeal was correct.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montreal.

Solicitor for the respondents: M. S. Bistrisky, Toronto.

[1] [1979] 2 F.C. 834.
[2] [1979] 1 F.C. 417.
[3] [1977] 2 S.C.R. 1054.

Quebec and Ontario Transportation Company Limited *Appelante*;

et

Le navire «Incan St. Laurent» et Incan Ships Limited *Intimés.*

1980: 29 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence de la Cour fédérale — Droit maritime — Contrat d'entreprise commune — Lien du contrat avec les obligations créées par les «Articles d'accord» régis par le Code civil — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1] rejetant l'appel d'un jugement de la Division de première instance[2] décidant que la Cour fédérale n'avait pas la compétence pour connaître de la demande. Pourvoi rejeté.

Graham Nesbitt et *Thomas Davis*, pour l'appelante.

M. S. Bistrisky, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi échoue et doit être rejeté avec dépens. Les circonstances entourant les questions en litige en l'espèce vu l'arrêt de cette Cour, *Quebec North Shore Paper Company et autre c. Canadien Pacifique Limitée et autre*[3], confirment notre opinion unanime que l'arrêt du juge LeDain en Cour d'appel fédérale est bien fondé.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montréal.

Procureur des intimés: M. S. Bistrisky, Toronto.

[1] [1979] 2 C.F. 834.
[2] [1979] 1 C.F. 417.
[3] [1977] 2 R.C.S. 1054.

Judith S. Dick and The Manitoba Teachers' Society

and

Judith Silver and The Manitoba Teachers' Society

and

Afra Kavanagh, Anita Riffel, Brenda Kersell, Linda Johansson, Elaine Hansen, Sharon Hallstead, Elizabeth Spencer, Catherine Keyzer and Bernice Poworoznyk and The Manitoba Teachers' Society *Appellants*;

and

Deputy Attorney General of Canada on behalf of the Unemployment Insurance Commission *Respondent.*

1980: March 26; 1980: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment insurance — Teacher taking leave of absence for maternity reasons — Whether pregnancy benefits payable in July and August — Calculation of adjustment paid at date of separation of employment — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 2(n), 17, 30 — Unemployment Insurance Regulations, Reg. 173(4).

The appellants, all school teachers who had ceased working during the school year, claim pregnancy benefits under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act* extending in the months of July and August following their cessation of work. They would not, even if their employment had continued, have been liable to perform any services for their employers during July and August. The case of the appellant Dick is chosen as typical of the group. The appellant Dick sought a leave of absence and ceased working on March 26, 1976. On ceasing work, she was paid a lump sum as salary adjustment under Article 2 of the collective agreement covering her employment. She eventually resigned in November with effect from December 31, 1976. Her application for pregnancy benefits was approved by the Unemployment Insurance Commission and after the usual two-week waiting period her benefit payments commenced on April 11, 1976. Under s. 30(2) of the *Unemployment Insurance Act*, they would ordinarily have continued for

Judith S. Dick et The Manitoba Teachers' Society

et

Judith Silver et The Manitoba Teachers' Society

et

Afra Kavanagh, Anita Riffel, Brenda Kersell, Linda Johansson, Elaine Hansen, Sharon Hallstead, Elizabeth Spencer, Catherine Keyser et Bernice Poworoznyk et The Manitoba Teachers' Society *Appelantes*;

et

Le sous-procureur général du Canada pour la Commission d'assurance-chômage *Intimé.*

1980: 26 mars; 1980: 27 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Enseignante prenant un congé de maternité — Droit aux prestations de maternité en juillet et août — Calcul du rajustement versé à la date de cessation d'emploi — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 2n), 17, 30 — Règlement sur l'assurance-chômage, art. 173(4).

Les appelantes, toutes des enseignantes qui ont cessé de travailler pendant l'année scolaire, demandent des prestations de maternité en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur l'assurance-chômage* pour les mois de juillet et août qui ont suivi leur arrêt de travail. Même si elles avaient continué à travailler, elles n'auraient eu aucune tâche à remplir pour leurs employeurs pendant les mois de juillet et août. Le cas de l'appelante Dick est choisi comme représentatif du groupe. L'appelante Dick a demandé un congé autorisé et a quitté son poste le 26 mars 1976. A la cessation de son emploi, en vertu de l'article 2 de la convention collective la régissant, elle a reçu un montant global comme rajustement de salaire. Elle a finalement démissionné en novembre avec effet au 31 décembre 1976. Sa demande de prestations de maternité a été approuvée par la Commission d'assurance-chômage et après les deux semaines habituelles du délai de carence, le versement des prestations a commencé le 11 avril 1976. En vertu du par. 30(2) de la *Loi sur*

a period of fifteen weeks, *i.e.*, until July 24, 1976. However, the Commission denied her any benefits under the Act as from July 4: It was considered that the contract of employment continued to exist, that the lump sum final payment received by the appellant when she left her employment was made to cover sums which would otherwise have been received by her in July and August when no performance of services was required, and that in view of s. 30(5) of the Act and of Regulation 173(4) the benefits had to be reduced by the amount of earnings attributed to the weeks in July covered by the period of entitlement. The Commission's decision was maintained by the Umpire and by the Federal Court of Appeal.

Held: The appeals should be allowed.

While the contract of employment was not brought to an end when the appellant left her work, she having sought only a leave of absence, there was a separation from employment and the lump sum payment made to her pursuant to Article 2 of the contract was a payment in full for services rendered up to the date of her withdrawal from service and did not constitute a payment in respect of July and August. The fact that the teacher's salary was an annual salary, paid in twelve equal installments, was merely a device whereby teachers who earned their annual salary by the performance of services in the other ten months of the year would receive payments in July and August for convenience in their personal budgeting, and the application of the adjustment provisions of the employment contract will do no more than pay the teacher in full for the period taught, whether the salary for a full year's services is paid in ten or twelve installments and whether the contract of employment is abrogated or preserved in existence for future years. Since the adjustment payment received on termination of services merely paid the appellant for services performed to March 26, 1976, no part thereof is attributable to July and August. Accordingly, the appellant was properly entitled to payments during the month of July.

Gladys Petts and The Alberta Teachers' Association v. Umpire Constituted Under Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971, [1974] 2 F.C. 225, distinguished; *In re the Unemployment Insurance Act, 1971 and in re Judith S. Dick*, [1978] 2 F.C. 336, referred to.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal dismissing appeals from the decision of an Umpire. Appeals allowed.

l'assurance-chômage, elles auraient normalement dû lui être versées pendant quinze semaines, soit jusqu'au 24 juillet 1976. Toutefois, la Commission lui a refusé toute prestation en vertu de la Loi à partir du 4 juillet: elle a considéré que le contrat de travail se poursuivait et que le montant global reçu par l'appelante pour solde de tout compte lorsqu'elle a quitté son poste représentait ce qu'elle aurait autrement reçu en juillet et août, durant la période où elle n'aurait eu aucune tâche à remplir, et qu'aux termes des par. 30(5) de la Loi et 173(4) du Règlement, les prestations devaient être réduites du salaire afférent aux semaines de juillet comprises dans la période d'admissibilité. La décision de la Commission a été confirmée par le juge-arbitre et par la Cour d'appel fédérale.

Arrêt: Les pourvois sont accueillis.

Bien que le contrat de travail n'ait pas pris fin lorsque l'appelante a quitté son poste puisqu'elle n'avait demandé qu'un congé autorisé, il y a eu cessation d'emploi et le montant global qu'elle a reçu conformément à l'article 2 du contrat constitue une rétribution complète des services rendus jusqu'à la date où elle a quitté son poste mais non une rétribution pour les mois de juillet et août. Le fait que le salaire d'un enseignant est un salaire annuel payé en douze versements égaux n'est qu'un moyen qui permet aux enseignants, qui gagnent leur salaire annuel en travaillant pendant les dix autres mois de l'année, de recevoir des versements mensuels en juillet et en août pour faciliter la tenue de leur budget personnel. Les dispositions de rajustement prévues au contrat de travail n'ont pas d'autre effet que de payer entièrement l'enseignant pour la période pendant laquelle il a enseigné; il importe peu que le salaire pour une année entière de service soit versé en dix ou en douze versements et que le contrat de travail soit résilié ou maintenu pour l'avenir. Puisque le rajustement de salaire reçu par l'appelante à la cessation de ses fonctions n'est versé qu'au titre des services rendus jusqu'au 26 mars 1976, aucune partie n'en est attribuable aux mois de juillet et août. En conséquence, l'appelante avait tout à fait droit aux paiements pendant le mois de juillet.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt: *Gladys Petts et l'Alberta Teachers' Association c. Le juge-arbitre, nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, [1974] 2 C.F. 225; *In re la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage et in re Judith S. Dick*, [1978] 2 C.F. 336.

POURVOIS à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel fédérale, qui a rejeté les appels de la décision d'un juge-arbitre. Pourvois accueillis.

Derek Booth, for the appellants.

E. R. Sojonky and *M. Zazulak*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of the entitlement of the various appellants, all school teachers who had ceased working for their respective school boards during the school year, to pregnancy benefits under s. 30 of the *Unemployment Insurance Act* for the months of July and August following their cessation of work. The appellants would not, even if their employment had continued, have been liable to perform any services for their employers during July and August. The case of the appellant Dick is chosen as typical of the group and detailed reference will be made to it. However, since the same principles are applicable to all the other appellants, the disposition of her case will be dispositive of the others.

The appellant Dick was first employed by Winnipeg School Division No. 1 on September 3, 1970. She signed an employment agreement dated May 5, 1970, with her employer which provided in paragraph 2:

The Division convenants and agrees with the said Teacher that the Division will during the terms of service of the said Teacher pay to him subject to conditions hereinafter set forth, a salary at the rate of the schedule contained in The Winnipeg Division Association's Collective Agreement with the Division, prevailing from time to time, in twelve equal monthly payments to be made on or before the last teaching day of each month for which payment is being made, with the exception of the months of June and December, when salary will be paid on presentation of duly certified half-yearly returns and other reports. Provided that in the event of the Teacher withdrawing from the service of the Division during his year of service and before completing such year, the final payment shall be so adjusted that the Teacher shall receive for the part of the year taught such fraction of the salary of the whole year as the number of days taught is to 200 days (which said 200 days is the total number of teaching days in a normal school year). In reckoning the days taught all legitimate sick leave shall be included. (Emphasis added.)

Upon the termination of her employment, the calculation required under Article 2 of the employ-

Derek Booth, pour les appelantes.

E. R. Sojonky et *M. Zazulak*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi pose la question du droit des diverses appelantes, toutes des enseignantes qui ont cessé de travailler pour leur commission scolaire respective pendant l'année scolaire, à des prestations de maternité en vertu de l'art. 30 de la *Loi sur l'assurance-chômage* pour les mois de juillet et août suivants. Même si elles avaient continué à travailler, les appelantes n'auraient eu aucune tâche à remplir pour leurs employeurs pendant les mois de juillet et août. Le cas de l'appelante Dick est choisi comme représentatif du groupe et il sera traité en détail. Toutefois, puisque les mêmes principes sont applicables à toute les autres appelantes, la détermination de son cas tranchera les autres.

L'appelante Dick est devenue employée de la division nº 1 des écoles de Winnipeg le 3 septembre 1970. Elle a signé, le 5 mai 1970, un contrat de travail avec son employeur, lequel prévoyait au paragraphe 2:

[TRADUCTION] La division convient avec ledit enseignant de lui payer pendant la durée de son emploi, sous réserve des conditions ci-après énumérées, un salaire au taux prévu à l'annexe de la convention collective en vigueur, conclue avec l'Association de la division de Winnipeg, en douze versements mensuels égaux devant être faits au plus tard le dernier jour ouvrable du mois auquel le versement se rapporte, à l'exception des mois de juin et décembre, où le salaire sera payé sur présentation de déclarations semestrielles et d'autres rapports dûment certifiés. Attendu que si l'enseignant quitte son emploi à la division au cours de son année de service et avant la fin de cette année, le paiement final sera rajusté de façon que l'enseignant reçoive au titre de la partie de l'année au cours de laquelle il a enseigné une portion du salaire pour l'année entière qui correspond au nombre de jours enseignés sur le nombre total normal de jours d'enseignement, soit 200 jours dans une année scolaire normale. Lors du calcul des jours d'enseignement, tous les congés de maladie auxquels l'enseignant a droit seront inclus. (C'est moi qui souligne.)

A la cessation de son emploi, le calcul exigé par l'article 2 de la convention collective a été effectué

ment agreement was made with the result that she received an adjustment payment in the amount of $1,878.07. On March 26, 1976, the date she ceased working, she completed an application for unemployment insurance benefits and on this application form she added the words "I intend to apply to extend leave for three months". She had previously applied for a leave of absence on February 4, 1976, from April 5 to May 31, 1976. Later, on November 1, 1976, she resigned and her resignation was accepted with effect from December 31, 1976. The application for pregnancy benefits was approved by the Unemployment Insurance Commission and after the usual two-week waiting period her benefit payments commenced on April 11, 1976. Under s. 30(2) of the *Unemployment Insurance Act*, they would ordinarily have continued for a period of fifteen weeks or until July 24, 1976. On July 15, 1976, however, a notice of refusal was issued by the Commission addressed to the appellant the effective part being in these terms:

> On the information which has been presented in connection with your claim for benefit you are disentitled under Section 21(2) of the Unemployment Insurance Act and benefit is suspended from 4 July 1976 to indefinite in that you have not proved that you were unemployed in that you received your usual remuneration for the full working week and your contract of service continues.

The effect of this refusal was that from July 4 to July 24 during a period when, even if she had remained an active teacher in the employment of the Winnipeg School Division she would not have been required to perform any duties, she was denied any benefits under the *Unemployment Insurance Act*. It has been held in *Gladys Petts and The Alberta Teachers' Association v. Umpire Constituted Under Section 92 of the Unemployment Insurance Act, 1971*[1], that a teacher who taught a full school year, ending in June and intending to commence a new school year in the subsequent September, is not entitled during July and August to receive unemployment insurance benefits, though in that case the benefits in issue were not the pregnancy benefits provided for in s. 30.

[1] [1974] 2 F.C. 225.

et elle a reçu un rajustement de salaire de $1,878.07. Le 26 mars 1976, le jour où elle a quitté son poste, elle a rempli une demande de prestations d'assurance-chômage et sur cette formule elle a ajouté les mots [TRADUCTION] «j'ai l'intention de demander une prolongation de congé de trois mois». Elle avait déjà demandé, le 4 février 1976, un congé autorisé pour la période du 5 avril au 31 mai 1976. Plus tard, le 1er novembre 1976, elle a démissionné et sa démission a été acceptée avec effet au 31 décembre 1976. La demande de prestations de maternité a été approuvée par la Commission d'assurance-chômage et après les deux semaines habituelles de délai de carence, le versement des prestations a commencé le 11 avril 1976. En vertu du par. 30(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage*, elles auraient normalement dû lui être versées pendant quinze semaines, soit jusqu'au 24 juillet 1976. Toutefois, le 15 juillet 1976, l'appelante a reçu de la Commission un avis de refus dont voici la partie pertinente:

> [TRADUCTION] Par suite des renseignements qui ont été fournis relativement à votre demande de prestations, vous êtes inadmissible en vertu du paragraphe 21(2) de la *Loi sur l'assurance-chômage* et les prestations sont suspendues du 4 juillet 1976 jusqu'à une date indéterminée parce que vous n'avez pas prouvé que vous étiez en chômage vu que vous avez reçu votre rémunération habituelle pour la semaine entière de travail et que votre contrat de louage de services se poursuit:

Ce refus a eu pour effet que du 4 au 24 juillet, une période pendant laquelle même si elle était restée activement au service de la division des écoles de Winnipeg, elle n'aurait eu aucune tâche à remplir, on lui a refusé toute prestation en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Il a été jugé dans *Gladys Petts et l'Alberta Teachers' Association c. Le juge-arbitre, nommé en vertu de l'article 92 de la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*[1], qu'un enseignant qui a enseigné pendant toute l'année scolaire se terminant en juin et qui a l'intention d'enseigner à nouveau au cours de la prochaine année scolaire à partir du mois de septembre suivant, n'a pas le droit de recevoir pendant les mois de juillet et août de prestations d'assurance-chômage; toutefois, dans cette affaire-là, il n'était pas question des prestations de maternité prévues par l'art. 30.

[1] [1974] 2 C.F. 225.

On July 23, the appellant notified the Unemployment Insurance Commission of her intention to appeal to a Board of Referees against the refusal of her benefit payments. The Board of Referees disallowed her objection on August 24, 1976. An appeal was taken to the Umpire on October 26, 1976. The Umpire, Dubé J., dismissed the appeal. He considered the payment of $1,878.07 was a payment referable to the months of July and August and that accordingly no interruption of earnings had occurred in that period. His decision was set aside by the Federal Court of Appeal on November 21, 1977[2], after review under s. 28 of the *Federal Court Act*. The Court of Appeal said:

> The crucial question that the Umpire had to answer was whether or not the applicant's employment contract had come to an end on March 26, 1976. If that question was resolved in the affirmative, it followed that the $1,878.07 had been paid to the applicant "for the part of the year taught", pursuant to the provision of the contract of employment quoted by the Umpire in his decision, and could not have been allocated as if it had been paid as salary for the months of July and August. On the other hand, if the question was answered in the negative, it necessarily followed that the payment of the $1,878.07 would have been a payment in advance of salary for the summer months.

and accordingly remitted the matter to the Umpire in these terms:

> The section 28 application is granted, the decision of the Umpire made on April 1, 1977, is set aside and the matter is referred back to the Umpire for decision on the basis that the question whether the applicant's contract of employment was terminated must be decided in the light of all the circumstances of this case as disclosed by the evidence already adduced as well as by any further evidence that, in the Umpire's discretion, might be adduced.

In pursuance of that direction, Dubé J. again dealt with the matter and on May 5, 1978, confirmed his earlier dismissal of the appeal. A further application, under s. 28 of the *Federal Court Act*, was made by the appellant to the Federal Court of Appeal and dismissed. The Court of Appeal said:

> Having regard to the earlier judgment of this Court of November 21, 1977, regarding an earlier decision of the

[2] [1978] 2 F.C. 336.

Le 23 juillet, l'appelante a signifié à la Commission d'assurance-chômage son intention d'appeler à un conseil arbitral du refus de lui accorder ses prestations. Le conseil arbitral a rejeté son appel le 24 août 1976. Appel a été interjeté au juge-arbitre le 26 octobre 1976. Le juge-artibre Dubé a rejeté l'appel. Selon lui, le paiement de $1,878.07 se rapporte aux mois de juillet et août et, par conséquent il n'y a pas eu arrêt de rémunération pendant cette période. Sa décision a été infirmée par la Cour d'appel fédérale le 21 novembre 1977[2], suite à une demande présentée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour d'appel a dit:

> La question importante à laquelle le juge-arbitre devait répondre, était de savoir si le contrat de travail de la requérante avait pris fin le 26 mars 1976. Dans l'affirmative, il en résultait que la somme de $1,878.07 avait été versée à la requérante «au titre de la partie de l'année au cours de laquelle elle a enseigné», conformément à la disposition du contrat de travail cité par le juge-arbitre dans sa décision, et que la somme pouvait être considérée comme versée à titre de salaire pour les mois de juillet et août. Dans la négative par contre, il en résultait nécessairement que le paiement de la somme de $1,878.07 était une avance de salaire pour les mois d'été.

et elle a par conséquent renvoyé l'affaire au juge-arbitre en ces termes:

> La demande présentée en vertu de l'article 28 est accueillie, la décision rendue par le juge-arbitre le 1er avril 1977 est annulée et la question doit lui être renvoyée pour qu'il rende une décision sur la base que la question de savoir s'il y a eu cessation du contrat de travail de la requérante doit être tranchée à la lumière de toutes les circonstances de cette affaire révélées par les preuves déjà présentées de même que par toutes autres preuves dont il peut autoriser la production.

Conformément à cet ordre, le juge Dubé a de nouveau examiné l'affaire et, le 5 mai 1978, il a confirmé son rejet antérieur de l'appel. En vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'appelante a présenté une autre demande à la Cour d'appel fédérale qui l'a rejetée. La Cour d'appel a dit:

> [TRADUCTION] Compte tenu du jugement antérieur de cette Cour rendu le 21 novembre 1977 concernant

[2] [1978] 2 C.F. 336.

Umpire with reference to the same matter, the Section 28 application is dismissed.

une décision antérieure du juge-arbitre relativement à la même affaire, la demande présentée en vertu de l'article 28 est rejetée.

This appeal was taken to this Court pursuant to leave granted April 24, 1979.

Ce pourvoi a été autorisé par cette Cour le 24 avril 1979.

At this stage it will be helpful to refer to certain provisions of the *Unemployment Insurance Act* and Regulations as they stood at the relevant times, and consider their application to this case. To be eligible for benefits under the Act, an applicant must show, pursuant to s. 17, insured employment, which was done in this case, and an interruption in earnings. An interruption in earnings is defined in s. 2(*n*) as follows:

Il est utile à ce stade-ci de se référer à certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-chômage* et du Règlement, telles qu'elles existaient à l'époque pertinente, et d'examiner leur application en l'espèce. Pour recevoir des prestations en vertu de la Loi, un requérant doit établir, aux termes de l'art. 17, qu'il a exercé un emploi assurable, ce qui a été fait en l'espèce, et qu'il y a eu arrêt de rémunération. Un arrêt de rémunération est défini comme suit à l'al. 2*n*):

"interruption of earnings" means that interruption that occurs in the earnings of an insured person when after a period of employment with an employer the insured person has a lay-off or separation from that employment;

«arrêt de rémunération» désigne l'arrêt de la rémunération d'un assuré lorsque celui-ci cesse d'être à l'emploi d'un employeur par suite de mise à pied ou pour toute autre raison;

The appellant Dick applied for benefits under s. 30 of the Act, which is set out hereunder:

L'appelante Dick a présenté une demande de prestations en vertu de l'art. 30 de la Loi, dont voici le texte:

30. (1) Notwithstanding section 25 or 46 but subject to this section, benefits are payable to a major attachment claimant who proves her pregnancy, if she has had ten or more weeks of insurable employment in the twenty weeks that immediately precede the thirtieth week before her expected date of confinement; and for the purposes of this section, any weeks in respect of which the major attachment claimant has received benefits under this Act that immediately precede the thirtieth week before her expected date of confinement shall be deemed to be weeks of insurable employment.

30.(1) Nonobstant les articles 25 et 46 mais sous réserve des autres dispositions du présent article, des prestations sont payables à une prestataire de la première catégorie qui fait la preuve de sa grossesse, si elle a exercé un emploi assurable pendant au moins dix semaines au cours de la période de vingt semaines immédiatement antérieure à la trentième semaine précédant la date présumée de son accouchement. Aux fins du présent article, les semaines pour lesquelles la prestataire de la première catégorie a reçu des prestations en vertu de la présente loi et qui sont antérieures de plus de trente semaines à la date présumée de son accouchement sont censées être des semaines d'emploi assurable.

(2) Benefits under this section are payable for each week of unemployment in

(2) Les prestations prévues au présent article sont payables à une prestataire pour chaque semaine de chômage comprise dans la plus brève des périodes suivantes:

(*a*) the fifteen week period that begins eight weeks before the week in which her confinement is expected, or

a) la période de quinze semaines qui débute huit semaines avant la semaine présumée de l'accouchement, ou

(*b*) the period that begins eight weeks before the week in which her confinement is expected and ends six weeks after the week in which her confinement occurs,

b) la période qui débute huit semaines avant la semaine présumée de l'accouchement et qui prend fin six semaines après la semaine de l'accouchement,

whichever is shorter, if such a week falls in her initial benefit period established pursuant to section 20 exclusive of any re-established period under section 32.

si cette semaine tombe dans la période initiale de prestations établie pour la prestataire en application de l'article 20, à l'exclusion de tout complément établi en vertu de l'article 32.

(3) When benefits are payable to a claimant in respect of unemployment caused by pregnancy and any allowances, monies or other benefits are payable in respect of that pregnancy to the claimant under a provincial law, the benefits payable to the claimant under this Act shall be reduced or eliminated as prescribed.

(4) For purposes of section 23, the provisions of section 25 do not apply to the two week period that immediately precedes the periods described in subsection (2).

(5) If benefit is payable to a major attachment claimant under this section and earnings are received by that claimant for any period that falls in a week in the periods described in subsection (2), the provisions of subsection (2) of section 26 do not apply and all such earnings shall be deducted from the benefit paid for that week.

(3) Lorsque des prestations sont payables à une prestataire en raison de chômage causé par sa grossesse et que des allocations, prestations ou autres sommes sont payables à la prestataire pour cette grossesse en vertu d'une loi provinciale, les prestations payables à la prestataire en vertu de la présente loi seront réduites ou supprimées tel que prescrit.

(4) Aux fins de l'article 23, les dispositions de l'article 25 ne s'appliquent pas à la période de deux semaines qui débute dix semaines avant la semaine présumée de l'accouchement.

(5) Si des prestations doivent être servies à une prestataire de la première catégorie en vertu du présent article et que cette prestataire reçoit une rémunération pour une période quelconque qui tombe dans une semaine comprise dans la plus brève des périodes visées au paragraphe (2), les dispositions du paragraphe (2) de l'article 26 ne s'appliquent pas et cette rémunération doit être déduite des prestations afférentes à cette semaine.

Benefits were approved and paid up until the month of July when the remaining payments which would otherwise have been payable were stopped. The payments, it seems, were terminated because it was considered by the Referees, and in this they were supported by the findings of the Umpire, that the contract of employment continued to exist and that the lump sum final payment received by the appellant when she left her employment was made to cover sums which would otherwise have been received by her in July and August. If that were so, the provisions of s. 30(5) of the Act would have to be considered and the benefits otherwise payable be reduced by the amount of earnings attributed to the weeks in July covered by the period of entitlement. Reliance was also placed by the respondent in argument in this Court on the provisions of Regulation 173(4) which provides:

Wages or salary payable to a claimant under a contract of employment without the performance of services and monies payable in consideration of a claimant returning to or commencing work with an employer shall be allocated to the period for which such wages, salary or monies as the case may be are payable.

On this basis, the respondent argued that the lump sum payment received on ceasing work must be attributed to July and August and therefore no interruption of earnings occurred for those months.

Les prestations ont été approuvées et versées jusqu'au mois de juillet, époque à laquelle les paiements qui auraient autrement été payables ont été arrêtés. Il semble que les paiements ont été arrêtés parce que les arbitres étaient d'avis, et le juge-arbitre a conclu dans le même sens, que le contrat de travail se poursuivait et que le montant global reçu par l'appelante pour solde de tout compte lorsqu'elle a quitté son poste représentait ce qu'elle aurait autrement reçu en juillet et en août. Si tel était le cas, il faudrait tenir compte du par. 30(5) de la Loi et déduire des prestations autrement payables le salaire afférent aux semaines de juillet comprises dans la période d'admissibilité. L'intimé a également invoqué dans ses plaidoiries devant cette Cour les dispositions du par. 173(4) du Règlement dont voici le texte:

La rémunération payable à un prestataire aux termes d'un contrat de travail, sans que soient fournis des services, ou la somme payable par un employeur à un prestataire pour qu'il revienne au travail ou qu'il accepte un emploi, doit être répartie sur la période pour laquelle elle est payable.

Sur ce fondement, l'intimé a prétendu que le montant global reçu à la cessation du travail doit être attribué aux mois de juillet et août et qu'il n'y a donc eu aucun arrêt de rémunération pour ces mois.

The question then is limited to the three weeks during the month of July 1976 which would fall within the 15-week entitlement period. As the Court of Appeal said, if the contract of employment had terminated when she left work in March of 1976, the payment made in the adjustment of her salary could not have been applied to the months of July and August. It would have been applied as provided in the employment agreement to the part of the year already taught. The court also was of the view, however, that since the contract of employment was not terminated—even though it is clear there was a separation from employment—the adjustment monies were properly attributable to July and August. It is this last proposition which must be examined.

Article 2 of the employment agreement deals with this point. It provides that the teacher's salary will be paid in twelve equal monthly installments. It provides, as well, that 200 teaching days shall be the total number of days taught and it is a matter of common knowledge, of which courts can take notice, that those days fall within the months of September to June so that no teaching duties are imposed upon teachers during the months of July and August. While the contract of employment was not brought to an end when the appellant left her work on March 26, 1976, she having sought only a leave of absence, there was a separation from employment and, in my view, there was within the meaning of Article 2 of the employment contract a withdrawal by the appellant from the service during her year of service and before its completion. Therefore, the adjustment provisions of Article 2 were brought into play and the appellant was paid a sum of money which had the effect of paying her in full for services rendered up to the date of her withdrawal from service. She received, when the sum of $1,878.07 was added to what she had already received, that portion only of her annual salary which equalled the portion of the school year which she had taught. This is in complete accordance with the agreement which provides that these monies will be applied to the part of the year taught and this provision is also in accordance with Regulation 173(3) which provides:

> Wages or salary payable to a claimant in respect of the performance of services shall be allocated to the period in which the services were performed.

La question est donc limitée aux trois semaines du mois de juillet 1976 qui seraient comprises dans les 15 semaines de la période d'admissibilité. Comme l'a dit la Cour d'appel, si le contrat de travail avait pris fin lorsqu'elle a quitté son poste en mars 1976, le paiement de rajustement de son salaire n'aurait pas pu s'appliquer aux mois de juillet et août. Conformément au contrat de travail, il se serait appliqué à la partie de l'année au cours de laquelle elle a enseigné. Cependant, la cour a également déclaré que puisque le contrat de travail n'avait pas pris fin—même s'il est clair qu'il y a eu cessation d'emploi—le paiement de rajustement était à bon droit attribuable aux mois de juillet et août. C'est cette dernière proposition qu'il faut examiner.

L'article 2 du contrat de travail traite de cette question. Il prévoit que le salaire d'un enseignant sera payé en douze versements mensuels égaux. Il prévoit également qu'il y a au total 200 jours d'enseignement et c'est un fait notoire, dont les tribunaux peuvent prendre connaissance, que ces jours sont compris entre les mois de septembre et juin de sorte que les enseignants n'ont aucune obligation d'enseignement pendant les mois de juillet et août. Bien que le contrat de travail n'ait pas pris fin lorsque l'appelante a quitté son poste le 26 mars 1976 puisqu'elle n'avait demandé qu'un congé autorisé, il y a eu cessation d'emploi et, à mon avis, elle a quitté son emploi au cours de son année de service et avant la fin de celle-ci, au sens de l'article 2 du contrat de travail. Ainsi, le mécanisme de rajustement prévu à l'art. 2 a joué et l'appelante a reçu un montant d'argent qui a eu pour effet de la payer entièrement pour les services rendus jusqu'à la date où elle a quitté son poste. En ajoutant le montant de $1,878.07 à ce qu'elle avait déjà reçu, on lui a seulement remis la partie de son salaire annuel qui correspondait à la partie de l'année scolaire pendant laquelle elle avait enseigné. Cela est tout à fait conforme au contrat qui prévoit que l'enseignant recevra ces montants d'argent au titre de la partie de l'année au cours de laquelle il a enseigné et cette disposition est également conforme au par. 173(3) du Règlement dont voici le texte:

> La rémunération payable à un prestataire en échange de ses services doit être répartie sur la période pendant laquelle ces services ont été fournis.

I cannot find that in receiving this sum she received anything in respect of July and August.

The appellant contended that the teacher's salary was an annual salary paid in twelve equal installments. The salary, however, was earned by the performance of 200 days teaching during the months of September to June, inclusive. It was said that the payment of the salary in twelve monthly installments providing for the receipt of funds in July and August was merely a device whereby teachers, who earned their annual salary by the performance of services in the other ten months of the year, would receive monthly payments in July and August for convenience in their personal budgeting. Whatever the reason for the division into twelve installments, in the case of a teacher terminating employment before the completion of the year, the application of the adjustment provisions of the employment contract will do no more than pay the teacher in full for the period taught, whether the salary for a full year's services is paid in ten or twelve installments and whether the contract of employment is abrogated or preserved in existence for future years. I set out below a calculation (using figures rounded out for ease of calculation) demonstrating this proposition. In either case, on this calculation, the appellant received only that portion of her annual salary which covered the part of the year in which she performed teaching duties. There is nothing in the payment received for July and August.

YEARLY SALARY – $18,000

12 mos. basis, monthly cheque = $1,500
Payment rec'd Sept. 1 – Apr. 1 = 7 × $1,500 = $10,500

10 mos. basis, monthly cheque = $1,800
Payment rec'd Sept. 1 – Apr. 1 = 7 × $1,800 = $12,600

ADJUSTMENT

12 mos. basis
$\frac{140}{200} \times 18{,}000$ = $12,600 less $10,500 rec'd = $ 2,100

10 mos. basis
$\frac{140}{200} \times 18{,}000$ = $12,600 less $12,600 rec'd = $ 0

TOTAL Received Sept. 1 - April 1 including adjustment

12 mos. basis = $10,500 + $2,100 = $12,600
10 mos. basis = $12,600 + 0 = $12,600

Je ne puis conclure qu'en recevant ce montant, elle ait reçu quoi que ce soit pour les mois de juillet et août.

L'appelante prétend que le salaire d'un enseignant est un salaire annuel payé en douze versements égaux. Toutefois, le salaire se gagne en enseignant pendant 200 jours durant les mois de septembre à juin. On a dit que le paiement du salaire en douze versements mensuels, avec des paiements en juillet et en août, n'est qu'un moyen qui permet aux enseignants, qui gagnent leur salaire annuel en travaillant pendant les dix autres mois de l'année, de recevoir des versements mensuels en juillet et en août pour faciliter la tenue de leur budget personnel. Quel que soit le motif de la répartition en douze versements, dans le cas d'un enseignant qui quitte son poste avant la fin de l'année, les dispositions de rajustement prévues au contrat de travail n'ont pas d'autre effet que de le payer entièrement pour la période pendant laquelle il a enseigné; il importe peu que le salaire pour une année entière de service soit versé en dix ou en douze versements et que le contrat de travail soit résilié ou maintenu pour l'avenir. Ci-dessous, je fais un calcul (en arrondissant les chiffres pour plus de facilité) qui démontre cette proposition. Dans les deux cas, selon ce calcul, l'appelante reçoit seulement la partie du salaire annuel qui correspond à la partie de l'année pendant laquelle elle a enseigné. Aucune partie du montant reçu n'est attribuable aux mois de juillet et août.

SALAIRE ANNUEL – $18,000

Chèques mensuels sur 12 mois = $1,500
Paiement reçu du 1er sept. au 1er avr. = 7 × $1,500 = $10,500

Chèques mensuels sur 10 mois = $1,800
Paiement reçu du 1er sept. au 1er avr. = 7 × $1,800 = $12,600

RAJUSTEMENT

Sur 12 mois
$\frac{140}{200} \times 18{,}000$ = $12,600 moins $10,500 reçus = $ 2,100

Sur 10 mois
$\frac{140}{200} \times 18{,}000$ = $12,600 moins $12,600 reçus = $ 0

TOTAL reçu du 1er sept. au 1er avr. y compris le rajustement

Sur 12 mois = $10,500 + $2,100 = $12,600
Sur 10 mois = $12,600 + 0 = $12,600

It is clear from this calculation that, while figures will vary from case to case depending on actual salary and date of separation from employment, the teacher received, when the adjustment was paid, payment for 140 days of teaching only. She received, including the adjustment, only that portion of the total annual salary which would have been payable if she had completed the school year, which equals that portion of the school year she actually taught. Since the adjustment payment received on termination of services merely paid the appellant for services performed to March 26, 1976, no part thereof is attributable to July and August or any period later than March 26. Even though the contract had not been terminated, the appellant had clearly been separated from her employment and this fact was recognized by her employer in making the adjustment payment. The requirements of s. 25 of the Act relating to continued availability for employment as a condition of the payment of benefits do not apply to benefits paid under s. 30 and this point was not raised or argued against the appellant. It is therefore my opinion that the appellant was properly entitled to the payments during the month of July.

The cases of the other appellants may be disposed of on the same basis as the *Dick* appeal; there are no differences in principle. Judith Silver was employed in the Transcona Springfield School Division. She was separated from her employment on May 13, 1977. Her pregnancy benefits were terminated for the period July 4 to August 26, 1977. Afra Kavanagh was employed by the Fort Garry School Division. She separated from her employment on March 25, 1977 and her pregnancy benefits were terminated for the period July 4 to August 26, 1977. Anita Riffel was employed with the Winnipeg School Division No. 1. She separated from employment on April 8, 1977. Her pregnancy benefits were terminated for the period July 8 to August 27, 1977. Linda Johansson was employed with the Transcona Springfield School Division. She was separated from employment on March 25, 1977. Her benefits were terminated July 3 to September 2, 1977. The appellant, Elaine Hansen, was employed by the Fort Garry School Division No. 5, was separated from her employment on June 3, 1977 and her benefits were ter-

Il ressort nettement de ce calcul, bien que les chiffres varient d'un cas à l'autre suivant le salaire réel et la date de la cessation d'emploi, que, lorsque le rajustement a été versé, l'enseignante n'a été payée que pour 140 jours d'enseignement. Elle a seulement reçu, avec le rajustement, la partie du salaire annuel total qui lui aurait été payé si elle avait terminé l'année scolaire, laquelle correspond à la partie de l'année scolaire où elle a réellement enseigné. Puisque le rajustement de salaire reçu par l'appelante à la cessation de ses fonctions n'est versé qu'au titre des services rendus jusqu'au 26 mars 1976, aucune partie n'en est attribuable aux mois de juillet et août ou à une période postérieure au 26 mars. Même si l'on n'avait pas mis fin au contrat, l'appelante avait nettement quitté son poste, ce que son employeur a reconnu lorsqu'il a effectué le paiement de rajustement. Les exigences de l'art. 25 de la Loi, concernant la disponibilité au travail comme condition du versement des prestations, ne s'appliquent pas aux prestations versées en vertu de l'art. 30 et cette question n'a pas été plaidée par l'intimé. Je suis donc d'avis que l'appelante avait tout à fait droit aux paiements pendant le mois de juillet.

Les cas des autres appelantes peuvent être décidés sur le même fondement que le pourvoi Dick; il n'y a aucune différence de principe. Judith Silver était au service de la division des écoles de Transcona Springfield. Elle a quitté son poste le 13 mai 1977. Ses prestations de maternité ont été arrêtées du 4 juillet au 26 août 1977. Afra Kavanagh était au service de la division des écoles de Fort Garry. Elle a quitté son poste le 25 mars 1977 et ses prestations de maternité ont été arrêtées du 4 juillet au 26 août 1977. Anita Riffel était au service de la division n° 1 des écoles de Winnipeg. Elle a quitté son poste le 8 avril 1977. Ses prestations de maternité ont été arrêtées du 8 juillet au 27 août 1977. Linda Johansson était au service de la division des écoles de Transcona Springfield. Elle a quitté son poste le 25 mars 1977. Ses prestations ont été arrêtées du 3 juillet au 2 septembre 1977. L'appelante. Elaine Hansen, était au service de la division n° 5 des écoles de Fort Garry, elle a quitté son poste le 3 juin 1977 et ses prestations ont été arrêtées du 1er juillet au 31 août 1977. L'appelante, Sharon Hallstead, était au service de

minated for the period July 1 to August 31, 1977. The appellant, Sharon Hallstead, was employed at the St. Boniface School Division. She separated from her employment May 13, 1977 and her benefits were terminated for the months of July and August. The appellant, Elizabeth Spencer, was employed by the Norwood School Division No. 8. She separated from her employment on May 28, 1976 and her maternity benefits were terminated for July and August of 1977. The appellant, Catherine Keyzer, was employed by the River East School Division. She separated from employment January 31, 1977 and her benefits, under the pregnancy provisions of s. 30, terminated on May 29, 1977, she having received her full entitlement. She also applied for unemployment insurance benefits after enrolling as being available for employment and received benefits which were terminated for the months of July and August on the basis that the adjustment payment made to her upon the termination of her school board employment covered an element of remuneration for the months of July and August. The appellant Bernice Poworoznyk was employed with the Winnipeg School Division No. 1. She separated from her employment in 1977 and lost benefits on the same basis as did the appellant Dick.

For these reasons, I would allow the appeals costs and direct the payment to the appellants of the payments required to complete the entitlement periods originally established.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Allen & Booth, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

la division des écoles de St-Boniface. Elle a quitté son poste le 13 mai 1977 et ses prestations ont été arrêtées pour les mois de juillet et août. L'appelante, Elizabeth Spencer, était au service de la division nº 8 des écoles de Norwood. Elle a quitté son poste le 28 mai 1976 et ses prestations de maternité ont été arrêtées pour les mois de juillet et août 1977. L'appelante, Catherine Keyzer, était au service de la division des écoles de River East. Elle a quitté son poste le 31 janvier 1977 et ses prestations, aux termes des dispositions relatives à la maternité de l'art. 30, ont été arrêtées le 29 mai 1977, puisqu'elle avait été entièrement payée. Elle a également présenté une demande de prestations d'assurance-chômage après avoir déclaré qu'elle était disponible pour travailler et a reçu des prestations qui ont été arrêtées pour les mois de juillet et août au motif que le paiement de rajustement versé lorsqu'elle a quitté son emploi à la Commission scolaire comportait un élément de rémunération pour les mois de juillet et août. L'appelante, Bernice Poworoznyk, était au service de la division nº 1 des écoles de Winnipeg. Elle a quitté son poste en 1977 et a perdu des prestations pour les mêmes raisons que l'appelante Dick.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens et d'ordonner que soient versées aux appelantes les prestations qui correspondent aux périodes d'admissibilité initialement établies.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs des appelantes: Allen & Booth, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: R. Tassé, Ottawa.

William Samuel Hechter and David William Gordon Reycraft (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Harold Elmer Thurston (*Defendant*) *Respondent.*

1980: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Sale of land — Conditions of contract accepted by vendor as terms thereof — Time not of the essence — Vendor in default in carrying out obligations — Damages.

APPEAL by the purchasers from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], allowing an appeal from the judgment of Nitikman J. in an action for specific performance or damages for breach of contract for the sale of land. Appeal allowed.

A. H. Adam and *M. Newman*, for the plaintiffs, appellants.

D. A. Booth, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal should be allowed, the judgment of the Manitoba Court of Appeal set aside and the award of damages by Nitikman J. in favour of the plaintiffs restored. The contract in question here did not make time of the essence, and it is clear that the vendor had accepted the conditions of the contract as terms thereof imposing obligations upon him. This contract does not involve, therefore, any question raised by the cases dealing with what has been called "true conditions precedent". In the circumstances, the vendor was in default in carrying out his obligations and, indeed, was guilty of a premature repudiation. The appellants are entitled to costs in this Court. We leave the costs at trial undisturbed and award no costs in the Court of Appeal.

[1] [1979] 3 W.W.R. 172.

William Samuel Hechter et David William Gordon Reycraft (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Harold Elmer Thurston (*Défendeur*) *Intimé.*

1980: 21 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Vente de bien-fonds — Acceptation par le vendeur du contrat assorti de conditions — Respect des délais non essentiel — Défaut du vendeur vis-à-vis de ses obligations — Dommages-intérêts.

POURVOI formé par les acheteurs à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a accueilli un appel interjeté du jugement du juge Nitikman dans une action en exécution intégrale ou en dommages-intérêts pour rupture du contrat de vente de bien-fonds. Pourvoi accueilli.

A. H. Adam et *M. Newman*, pour les demandeurs, appelants.

D. A. Booth, pour le défendeur, intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba infirmé et les dommages-intérêts accordés aux demandeurs par le juge Nitikman rétablis. Dans le contrat en cause ici, le respect des délais ne constitue pas une condition essentielle et il est clair que le vendeur avait accepté le contrat assorti des conditions qui lui imposaient des obligations. Ce contrat ne pose donc aucune question soulevée par les affaires qui portent sur ce qu'on a appelé les «véritables conditions suspensives». Dans les circonstances, le vendeur a fait défaut d'exécuter ses obligations et d'ailleurs s'est rendu coupable d'une résiliation prématurée. Les appelants ont droit à leurs dépens en cette Cour. Nous ne modifions pas les dépens en première instance et n'en accordons pas en Cour d'appel.

[1] [1979] 3 W.W.R. 172.

Judgment accordingly.

Solicitors for the plaintiffs, appellants: Norton, Schwartz, McJannet, Weinberg, Winnipeg.

Solicitors for the defendant, respondent: Allen & Booth, Winnipeg.

Jugement en conséquence.

Procureurs des demandeurs, appelants: Norton, Schwartz, McJannet, Weinberg, Winnipeg.

Procureurs du défendeur, intimé: Allen & Booth, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Dr. H. Hoyle Campbell *Respondent.*

1980: May 26; 1980: June 17.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Whether fees for surgical services of doctor under contract of employment with hospital are income properly assessable to doctor rather than to hospital to which fees were assigned — Whether hospital practicing medicine — The Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268 — The Private Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 361 — The Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta), c. 44, Part 6.

The respondent is a plastic surgeon licensed to practise in Ontario. In the early 1950's the respondent decided to establish his own hospital and caused an Hospital Corporation to be incorporated all the shares of which he beneficially owned. Pursuant to an employment contract with the Corporation, which provided that he would serve the Corporation as a medical doctor and practise medicine for the account and benefit of the Corporation, he assigned his fees for surgical services performed for the Corporation to the Corporation and he endorsed the cheques received by him from the Ontario Hospital Insurance Plan over to the Corporation. The Minister of National Revenue, in assessing the income of the respondent, added in computing his net income, the fees assigned to the Corporation. The respondent appealed from these assessments to the Federal Court, Trial Division, contending that the fees were assessable to the Corporation. The Court dismissed his appeal, holding that here the Corporation was endeavouring to practise medicine which was in violation of *The Medical Act* of Ontario. The Federal Court of Appeal, by a majority, was of the view that the respondent was entitled to succeed in his challenge of the tax assessments. It was not argued that the respondent was engaged in an improper scheme of tax avoidance nor that the incorporation was a sham.

Held: The appeal should be dismissed.

It was the Crown's submission that the hospital was practising medicine, which was a prohibited activity under *The Medical Act* of Ontario and, consequently, that the respondent's contract of employment was in-

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Dr H. Hoyle Campbell *Intimé.*

1980: 26 mai; 1980: 17 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Les honoraires pour services chirurgicaux d'un médecin ayant un contrat de travail avec un hôpital, partie du revenu imposable du médecin ou de l'hôpital auquel ils sont cédés — Exercice de la médecine par l'hôpital — The Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268 — The Private Hospitals Act, R.S.O. 1970, chap. 361 — The Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta.), chap. 44, Partie 6.

L'intimé est un plasticien, autorisé à pratiquer en Ontario. Au début des années 1950, l'intimé a décidé d'établir son propre hôpital et il en a fait une société dont toutes les actions étaient sa propriété réelle. Conformément à un contrat de travail avec la société qui stipulait qu'il devait travailler à son service à titre de médecin et exercer la médecine pour le compte et au profit de la société, il cédait à la société ses honoraires pour services chirurgicaux exécutés pour le compte de cette dernière et il endossait les chèques reçus du Régime d'assurance-hospitalisation de l'Ontario au nom de la société. Le ministre du Revenu national, en établissant le revenu de l'intimé, a ajouté dans le calcul de son revenu net les honoraires cédés à la société. Dans son appel à la Division de première instance de la Cour fédérale, l'intimé a soutenu que les honoraires font plutôt partie du revenu imposable de la société. La Cour a rejeté son appel, décidant que la société en l'espèce cherchait à exercer la médecine, ce qui constitue une violation de *The Medical Act* de l'Ontario. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a conclu que l'intimé devait avoir gain de cause dans son appel des cotisations. Il n'est pas allégué que l'intimé essayait illégalement d'éviter l'impôt ni que la constitution en société était un subterfuge.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Sa Majesté a prétendu que l'hôpital exerçait la médecine, ce qui est une activité interdite par *The Medical Act* de l'Ontario et que, par conséquent, le contrat de l'intimé était invalide, ce qui signifie que l'intimé a été, à

valid, with the result that the respondent was properly assessable for tax on fees which were generated by his surgical services. This submission cannot stand. While it is not in dispute that in Ontario only an individual can be licensed to practise medicine, the employment contract, here, did no more than provide that the benefit of the respondent's professional services in the form of fees should go to the hospital that should be construed as stipulating that it was the hospital that should be considered as the medical practitioner. Moreover, that did not inevitably require the conclusion that, in assigning his fees to the hospital, the respondent was assigning his own money rather than carrying out an arrangement under which the fees belonged to the hospital. The billing procedure was required by provincial regulations and cannot be the controlling element in determining to whom the fees belong when there was a valid arrangement for the provision of a salary to the respondent and for the accounting of fees to the hospital as employer.

Kindree v. Minister of National Revenue, [1965] 1 Ex. C.R. 305; *No. 594 v. Minister of National Revenue* (1959), 21 Tax A.B.C. 212; *Carruthers Clinic Ltd. v. Herdman*, [1956] O.R. 770, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], allowing an appeal by the respondent from a judgment of the Federal Court, Trial Division[2]. Appeal dismissed.

John R. Power, Q.C., and *Deen Olsen*, for the appellant.

P. S. A. Lamek, Q.C., and *R.C. Heintzman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether fees for surgical services performed by the respondent are income properly assessable to him rather than to the licensed private hospital to which he assigned those fees pursuant to an employment contract with the hospital. The Crown appellant conceded that, although all the shares of the incorporated hospital were beneficially owned by the respondent, it was not arguing that the

[1] [1979] 2 F.C. 786.
[2] [1974] 2 F.C. 658.

bon droit, assujetti à l'impôt sur les honoraires générés par les services chirurgicaux qu'il a fournis. Cette prétention n'est pas valable. Quoiqu'il ne soit pas contesté qu'en Ontario, seul un particulier peut être autorisé à exercer la médecine, le contrat de travail, ici, ne prévoyait rien de plus que la remise à l'hôpital du produit perçu sous forme d'honoraires pour les services professionnels rendus par l'intimé et ne peut être interprété comme une stipulation que c'est l'hôpital qui devrait être considéré comme le médecin. De plus, cela n'impose pas inévitablement la conclusion que, par la cession de ses honoraires à l'hôpital, l'intimé cédait ses propres deniers plutôt qu'il ne respectait une convention en vertu de laquelle les honoraires appartenaient à l'hôpital. La procédure de facturation est imposée par des règlements provinciaux et ne peut être l'élément déterminant pour décider à qui les honoraires appartiennent lorsqu'il existe une convention valide accordant un salaire à l'intimé et exigeant la reddition des honoraires à l'hôpital en tant qu'employeur.

Jurisprudence: *Kindree c. Le ministre du Revenu national*, [1965] 1 R.C. de l'É. 305; *N° 594 c. Le ministre du Revenu national* (1959), 21 Tax A.B.C. 212; *Carruthers Clinic Ltd. v. Herdman*, [1956] O.R. 770.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a accueilli un appel interjeté par l'intimé du jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale[2]. Pourvoi rejeté.

John R. Power, c.r., et *Deen Olson*, pour l'appelante.

P. S. A. Lamek, c.r., et *R. C. Heintzman*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question dans ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, est de savoir si c'est à bon droit que les honoraires pour services chirurgicaux rendus par l'intimé font partie de son revenu imposable plutôt que de celui de l'hôpital privé agréé auquel il les a cédés en vertu d'un contrat de travail avec l'hôpital. Bien que l'intimé fût propriétaire réel de toutes les actions de l'hôpital constitué en société, l'appelante a concédé qu'elle n'alléguait pas que la constitu-

[1] [1979] 2 C.F. 786.
[2] [1974] 2 C.F. 658.

incorporation was a sham or that the respondent was engaged in an improper scheme of tax avoidance. The good faith of the respondent in establishing the hospital to support his conviction, born of experience, that post-operative days in hospital could be considerably reduced by providing for post-operative care on an out-patient basis was not questioned.

The hospital was incorporated in 1954 under the name Campbell Hospitals Ltd. with, *inter alia*, the following objects:

> (a) to establish, equip, maintain, operate and conduct private hospitals and other institutions for the medical and surgical treatment of persons requiring the same who shall be admitted thereto;
>
> (b) to hire, engage or otherwise secure the services of licensed medical and surgical practitioners, scientists, nurses, technologists or other persons for the promotion and carrying out of the objects of the Company;

In August 1956, when it was ready to operate, it applied for a licence from the Ontario Department of Health. The licence was issued by the Ontario Hospital Services Commission and has been renewed annually. Under the licence, the hospital was authorized to operate a surgical hospital in the name of The Institute of Traumatic, Plastic and Restorative Surgery and was restricted to such surgery. Accommodation was to be provided for no more than four in-hospital patients but it could have out-patients and, indeed, it had facilities for both kinds of patients. It also had a supporting staff of nurses and other employees, as well as two full-time surgeons, the respondent and another doctor. Other surgeons were employed from time to time on a salaried basis. A third surgeon has been associated with the hospital since 1965 although on a different compensation basis from the respondent and the second surgeon who were on an annual salary payable in monthly instalments. There is no doubt that the respondent, by agreeing to a salary that was much less than his earning capacity as a plastic surgeon, was able to provide funds from his assigned fees to build up the financial position of the hospital. It was clear that the hospital could not establish a pool of working capital from its hospital functions since the rates for in-patient care were fixed under the

tion en société était un subterfuge ni que l'intimé essayait illégalement d'éviter l'impôt. On n'a pas mis en doute la bonne foi qui animait l'intimé lorsqu'il a créé l'hôpital conformément à ses convictions, fondées sur l'expérience, que le nombre de jours d'hospitalisation postopératoire pouvait être considérablement réduit si l'on fournissait aux patients des soins en consultation externe.

L'hôpital a été constitué en société en 1954 sous le nom de Campbell Hospitals Ltd. avec, notamment, les objets suivants:

> [TRADUCTION] a) Créer, équiper, entretenir, exploiter et diriger des hôpitaux privés et autres institutions destinés à fournir des services médicaux et chirurgicaux aux personnes dont l'état nécessitera leur admission;
>
> b) Engager, employer ou autrement s'assurer les services de médecins, chirurgiens, chercheurs, infirmières, technologues qualifiés et autres personnes en vue de promouvoir et de réaliser les objets de la Société;

Au mois d'août 1956, lorsqu'il fut prêt à être mis en service, l'hôpital demanda son agrément au ministère de la Santé de l'Ontario. L'agrément fut accordé par la Commission des services hospitaliers de l'Ontario. Aux termes de l'agrément, l'hôpital était autorisé à exploiter un hôpital chirurgical appelé The Institute of Traumatic, Plastic and Restorative Surgery (Institut de chirurgie traumatique, plastique et réparatrice) et ne devait pratiquer que ce genre de chirurgie. L'hôpital ne pouvait recevoir que quatre patients à la fois, mais il pouvait assurer des consultations externes et, en fait, il était doté de services pour ces deux types de patients. Le personnel de l'hôpital comptait des infirmières et d'autres employés, de même que deux chirurgiens à plein temps, dont l'intimé. D'autres chirurgiens étaient également engagés à l'occasion comme salariés. Un troisième médecin est associé à l'hôpital depuis 1965, mais son mode de rémunération diffère de celui de l'intimé et du deuxième chirurgien qui recevaient un traitement annuel payable mensuellement. Il n'y a aucun doute qu'en acceptant un salaire qui était de beaucoup inférieur à celui qu'il pouvait gagner en qualité de plasticien, l'intimé était capable de fournir des fonds à même les honoraires qu'il cédait, pour asseoir la situation financière de l'hôpital. Il est évident que l'hôpital ne pouvait se constituer un

government insurance plan so as to cover only operating costs.

Although the hospital had been licensed in 1956 and the respondent's employment contract was first entered into shortly before that time, the taxation years with which the assessments in issue here are concerned are 1967, 1968 and 1969. (There is no explanation for the choice of these years rather than earlier years.) During those years, the hospital had a contract with the Ontario Hospital Services Commission constituting it an approved carrier for insured services pursuant to the Ontario Plan for Hospital Care Insurance under, *inter alia*, the following terms:

(4) The Corporation and its hospital shall render at the said hospital adequate hospital, nursing and medical care and treatment and shall adhere to such reasonable standards of hospital, nursing and medical care and treatment as may be required by the Commission from time to time.

. . .

(6) The Corporation and its hospital shall maintain at the said hospital such staff as may be required by the Commission for the purpose of rendering adequate medical care and treatment to its patients.

Originally, the hospital billed its patients both for hospital care and for medical services by its salaried doctors but with the establishment of the provincial hospital and medical care insurance plan (which figured greatly in the hospital's revenues), it became necessary, in obedience to governing regulations, that the fees for medical services be billed separately to the Ontario Medical Services Insurance Plan (as it was then called, now the Ontario Hospital Insurance Plan) in the name of the individual doctor who performed the services. The billings under the insurance plan for hospital care were in the name of the hospital and submitted to the Ontario Hospital Services Commission from which the hospital received payments directly. The cheques received by the respondent and his associate from O.M.S.I.P. were endorsed by them over to the hospital. Non-insured patients, or patients receiving non-insured services (such as

fonds de roulement à même ses fonctions hospitalières puisque les taux pour les patients hospitalisés sont établis par le régime d'assurance gouvernemental pour défrayer seulement les frais d'exploitation.

Bien que l'hôpital ait obtenu son agrément en 1956 et que le contrat de travail de l'intimé ait été signé pour la première fois un peu avant, les années d'imposition visées par les cotisations en litige ici sont 1967, 1968 et 1969. (Aucune explication n'est donnée pour le choix de ces années plutôt que des années antérieures.) Pendant ces années, l'hôpital avait un contrat avec la Commission des services hospitaliers de l'Ontario qui en faisait un hôpital dûment autorisé à fournir les services assurés par le régime d'assurance-soins hospitaliers de la province de l'Ontario en vertu, notamment, des dispositions suivantes:

[TRADUCTION] (4) La société et son hôpital doivent assurer dans ledit hôpital les services et traitements hospitaliers, infirmiers et médicaux appropriés et doivent se conformer aux normes raisonnables pour les soins et traitements hospitaliers, infirmiers et médicaux que la Commission peut prescrire à l'occasion.

. . .

(6) La société et son hôpital doivent maintenir dans ledit hôpital le personnel que la Commission peut déterminer aux fins d'assurer les services et traitements médicaux appropriés aux patients.

Au début, l'hôpital facturait à ses malades les soins hospitaliers et médicaux prodigués par ses médecins salariés, mais après l'institution du régime provincial d'assurance hospitalière et médicale (lequel représente une grande partie des revenus de l'hôpital), il est devenu nécessaire, afin de se conformer aux règlements en vigueur, de facturer séparément les honoraires pour soins médicaux au Régime d'assurance-maladie de l'Ontario (maintenant appelé Régime d'assurance-hospitalisation de l'Ontario), au nom du médecin qui les avait donnés personnellement. En vertu du régime d'assurance pour les soins hospitaliers, les factures étaient faites au nom de l'hôpital et présentées à la Commission des services hospitaliers de l'Ontario de qui l'hôpital recevait directement les paiements. L'intimé et son associé endossaient les chèques qu'ils recevaient du R.A.M.O. au nom de l'hôpital. Les soins, tant hospitaliers que chirurgicaux, pro-

cosmetic plastic surgery) were billed by the hospital for both hospital and surgical services and the receipts were included as its income. So too were the fees for insured medical services assigned by the respondent and his associate or other doctors who were employed on salary from time to time. I should say at this point that, in my opinion, nothing in this case turns on the fact that billings for insured medical services were in the names of the doctors performing them when this was done to comply with government regulations.

The respondent's contract of employment with the hospital, dated March 31, 1956, provided by clause 1 that he would serve the [hospital] Company as a medical doctor and particularly in the practice of plastic and/or restorative surgery and while so employed Campbell would:

(a) observe and conform to all the laws and customs of the medical profession;

(b) subject to the above mentioned laws and customs and as herein otherwise provided fulfill and obey all lawful directions of the board of directors of the Company;

(c) keep a true record and account of all professional visits paid, all patients attended and all other business done by him on behalf of the Company and shall account for and pay to the Company all moneys received by him for work done by the Company;

(d) not, except as in clause 2 hereof set out, carry on or be engaged in the practice of medicine or give medical advice on his own account.

The respondent also agreed in clause 5 that "during the continuance of his employment hereunder he will, subject to the provisions of clause 2 hereof, practise medicine for the account and benefit of the Company". Clause 2 of the employment contract provided that "nothing herein contained shall prevent Campbell from giving medical advice for or acting as a consultant or surgeon for the Department of Veterans' Affairs or any organization or hospital operated or supported by such Department or any successor thereto".

In this Court, as apparently in the Courts below, the Crown contended that there were two ques-

digués aux non-assurés et les soins non assurés (chirurgie esthétique et plastique par exemple) étaient facturés aux patients par l'hôpital et les sommes reçues étaient incluses dans son revenu. Il en était de même des honoraires pour soins médicaux assurés cédés par l'intimé et son associé ou les autres médecins salariés, employés à l'occasion. Je dois dire maintenant, qu'à mon avis, rien dans cette affaire ne dépend du fait que les soins médicaux assurés étaient facturés au nom des médecins qui les prodiguaient, étant donné que cette procédure avait été adoptée pour se conformer aux règlements gouvernementaux.

Le contrat de travail entre l'hôpital et l'intimé, daté du 31 mars 1956, stipule à la clause 1 que celui-ci doit travailler au service de la société [l'hôpital] à titre de médecin, notamment en pratiquant la chirurgie plastique ou réparatrice; ce faisant, le Dr Campbell s'engageait:

[TRADUCTION] a) à observer et à se conformer à toutes les lois et coutumes de la profession médicale;

b) sous réserve des lois et coutumes mentionnées ci-dessus et des présentes stipulations, à exécuter et à respecter toutes les directives licites du Conseil d'administration de la société;

c) à consigner fidèlement toutes ses visites professionnelles, à dresser une liste de tous les malades soignés et de toutes les autres activités exercées par lui au nom de la société et à rendre compte, et à verser, à la société, toutes les sommes reçues par lui en contrepartie de services fournis par la société;

d) à ne pas, sauf tel que stipulé à la clause 2, exercer la médecine ni donner d'avis médical pour son propre compte.

L'intimé a également convenu à la clause 5 que [TRADUCTION] «pendant la durée de son emploi en vertu des présentes, sous réserve des dispositions de la clause 2, il exercera la médecine pour le compte et au profit de la société.» La clause 2 du contrat de travail stipule que [TRADUCTION] «rien aux présentes n'empêchera Campbell de donner des avis médicaux et d'agir comme consultant ou chirurgien pour le ministère des Affaires des anciens combattants ou tout organisme ou hôpital géré ou subventionné par ce ministère ou son successeur».

Devant cette Cour, tout comme, semble-t-il, devant les cours d'instance inférieure, l'appelante a

tions to be considered, as follows: (1) on the facts of this case, was the hospital practising medicine (or more precisely, surgery)? (2) If so, was it a prohibited activity under *The Medical Act* of Ontario, now R.S.O. 1970, c. 268? It was the Crown's submission that both questions should be answered in the affirmative and, consequently, the respondent's contract of employment was invalid, with the result that the respondent, a qualified and licensed medical practitioner, was properly assessable for tax on fees which were generated by his surgical services. It is not in dispute that in Ontario, where there is no legislation such as exists in Alberta for the issue of a permit to enable a professional medical corporation to practise medicine in its own name (see 1975 (Alta), c. 44, s. 5, adding Part 6 to *The Medical Profession Act*, 1975 (Alta), c. 26), only an individual can be licensed and registered to practise medicine. (It is also not in dispute that hospitals and other organizations may have qualified physicians and surgeons as full-time salaried employees.) This, in itself, does not assist the Crown's position as to taxability of the respondent on the fees he assigned to his wholly-owned hospital. It was, of course, the respondent personally who performed the particular surgical services and if he is to be assessed for tax in respect of the fees for those services, fees which he assigned to the hospital, it would be because under the taxing statute the fees are properly part of his income and not the income of the hospital to which they were assigned pursuant to his contract with the hospital.

Heald J. of the Federal Court, who heard the respondent's appeal from the assessment for the years 1967, 1968 and 1969, concluded that, on the particular facts of this case, the hospital was endeavouring to practise medicine, which was in violation of *The Medical Act* of Ontario. He relied especially on two clauses of the respondent's employment contract, clause 1(c) which required the respondent "to account for and pay to the Company all moneys received by him for work done by the Company" and clause 5 which expressed the respondent's agreement "[to] practise medicine for the account and benefit of the

prétendu que les deux questions suivantes devaient être examinées: (1) compte tenu des faits de cette affaire, l'hôpital exerce-t-il la médecine (ou plus précisément la chirurgie)? (2) Dans l'affirmative, est-ce une activité interdite par *The Medical Act* de l'Ontario, maintenant R.S.O. 1970, chap. 268? L'appelante a prétendu qu'il fallait répondre affirmativement à ces deux questions, ce qui entraîne la nullité du contrat de travail de l'intimé et signifie que ce dernier, un médecin qualifié et diplômé, a été, à bon droit, assujetti à l'impôt sur les honoraires générés par les services chirurgicaux qu'il a fournis. Il n'est pas contesté qu'en Ontario, où il n'y a aucune loi semblable à celle de l'Alberta qui prévoit la délivrance d'un agrément à une société médicale professionnelle pour lui permettre d'exercer la médecine en son propre nom (voir 1975 (Alta), chap. 44, art. 5, ajoutant la Partie 6 à *The Medical Profession Act*, 1975 (Alta), chap. 26), seul un particulier peut se faire agréer et inscrire pour exercer la médecine. (Il n'est pas non plus contesté que les hôpitaux et autres organismes peuvent employer des médecins et des chirurgiens qualifiés comme salariés à temps plein.) Cela, en soi, n'appuie pas la position de Sa Majesté quant à l'imposition de l'intimé sur les honoraires qu'il a cédés à l'hôpital dont il est le seul propriétaire. C'est, bien sûr, l'intimé personnellement qui a fourni les services chirurgicaux et, s'il doit être assujetti à l'impôt sur les honoraires pour ces services, honoraires qu'il a cédés à l'hôpital, ce sera seulement parce qu'en vertu du régime fiscal, les honoraires font régulièrement partie de son revenu et non du revenu de l'hôpital auquel il les a cédés en vertu de son contrat avec l'hôpital.

Le juge Heald de la Cour fédérale, qui a entendu l'appel interjeté par l'intimé des cotisations pour les années 1967, 1968 et 1969, a conclu que, compte tenu des faits particuliers de cette affaire, l'hôpital cherchait à exercer la médecine, contrairement à *The Medical Act* de l'Ontario. Il s'est appuyé principalement sur deux clauses du contrat de travail de l'intimé, la clause 1(c) en vertu de laquelle l'intimé s'engage [TRADUCTION] «à rendre compte et à verser à la société toutes les sommes reçues par lui en contrepartie des services fournis par la société» et la clause 5 qui stipule que l'intimé convient qu'il [TRADUCTION] «exercera la

Company". Dealing with a submission of respondent's counsel that qualified doctors such as interns, anaesthetists and radiologists were often on salary in hospitals, he said this:

I agree with his submission to the extent that, in my view, it is perfectly proper and legal for hospitals to engage salaried doctors to perform medical services in said hospitals to long as it is the doctors, and not the hospitals, that are practising medicine.

A prime consideration for Heald J. was the judgment of Cattanach J. in *Kindree v. Minister of National Revenue*[3], which he found to be indistinguishable from the present case. It is my view that the *Kindree* case is readily distinguishable. Although there, as here, a doctor incorporated a company of which be became a salaried employee and there, as here, the relevant provincial legislation did not envisage the practice of medicine by a corporation, the finding in the *Kindree* case was that there was no real change in the manner in which the doctor conducted his practice after incorporation from the manner in which it was previously conducted. In short, I take the finding to amount to a conclusion that the incorporation of the company was a mere *façade*. (See also *No. 594 v. Minister of National Revenue*[4].) That is not so in this case. Cattanach J. construed one of the objects of the incorporated company as purporting to authorize it to practise medicine, which was a construction placed by Heald J. not on the objects of the incorporated hospital but rather on the terms of employment of the respondent. I am of the opinion that the employment contract did no more than provide that the benefit of the respondent's professional services in the form of fees should go to the hospital. I would not construe those terms as stipulating that it was the hospital that should be considered as the medical practitioner.

The Federal Court of Appeal, by a majority, with Ryan J. dissenting, was of the view that the respondent was entitled to succeed in his challenge of the tax assessments. LeDain J. distinguished the *Kindree* case and also *Carruthers Clinic Ltd. v.*

[3] [1965] 1 Ex. C.R. 305.
[4] (1959), 21 Tax A.B.C. 212.

médecine pour le compte et au profit de la société». Il a examiné la prétention de l'avocat de l'intimé portant que les médecins qualifiés, tels les internes, anesthésistes et radiologues sont souvent salariés dans les hôpitaux, et a dit:

Je souscris à cette prétention dans la mesure où, selon moi, les hôpitaux ont tout à fait le droit d'engager des médecins salariés pour fournir les services médicaux dans leur établissement aussi longtemps que ce sont les médecins et non les hôpitaux qui exercent la médecine.

Le juge Heald a accordé beaucoup d'importance à la décision du juge Cattanach dans *Kindree c. Le ministre du Revenu national*[3], qui, à son avis, se confond avec la présente affaire. Je suis toutefois d'avis que l'arrêt *Kindree* est nettement distinguable. Bien que dans les deux affaires, un médecin ait constitué une société dont il est devenu un employé salarié et que la loi provinciale pertinente n'ait pas prévu l'exercice de la médecine par une société, la conclusion dans l'arrêt *Kindree* est qu'il n'y a pas eu de changement réel entre la façon dont le médecin exerçait sa profession après la constitution en société et celle dont il l'exerçait antérieurement. En bref, la conclusion signifie, à mon avis, que la constitution de la société était une simple façade. (Voir également *N° 594 c. Le ministre du Revenu national*[4].) Tel n'est pas le cas en l'espèce. Suivant l'interprétation du juge Cattanach, un des objets de la société était de lui permettre d'exercer la médecine, une interprétation que le juge Heald a appliquée non pas aux objets de l'hôpital constitué en société mais plutôt aux conditions d'emploi de l'intimé. Je suis d'avis que le contrat de travail ne prévoyait rien de plus que la remise à l'hôpital du produit perçu sous forme d'honoraires pour les services professionnels rendus par l'intimé. Par contre, je ne puis interpréter ces conditions comme une stipulation que c'est l'hôpital qui devrait être considéré comme le médecin.

La Cour d'appel fédérale à la majorité, le juge Ryan étant dissident, a conclu que l'intimé devait avoir gain de cause dans son appel des cotisations. Le juge LeDain a distingué cette affaire-ci de *Kindree* et également de *Carruthers Clinic Ltd. v.*

[3] [1965] 1 R.C. de l'É. 305.
[4] (1959), 21 Tax A.B.C. 212.

Herdman[5] on the ground "that here there is a genuine hospital operation governed by and licensed under The *Private Hospitals Act* of Ontario, with a charter approved pursuant to that Act empowering the hospital corporation to engage qualified medical practitioners for the provision of medical services". He continued: "I agree with my brother MacKay that this makes the agreement between the appellant and the hospital corporation a lawful one". He also held that its lawfulness was not affected by the provisions that the services of the respondent to patients were to be performed as an employee of the hospital and that the income from such services was to go to the hospital. MacKay D.J., the other member of the majority, was of the view that it was the respondent and not the hospital who was practising medicine. Although in my view, the *Carruthers* case has only marginal relevance here, dealing as it does with a restrictive covenant, I do not see that the apprehension raised in that case about unqualified persons or entities becoming parties to the doctor-patient relationship exists here. There are no third parties to the doctor-patient relationship in this case, and this means that the danger perceived in the *Carruthers* case is not present here. Moreover, there is no question of the liability of the respondent to the discipline and control of the Ontario College of Physicians and Surgeons.

Ryan J., in dissent, after a lengthy review of the facts, concluded that Heald J. was right in holding that the hospital was endeavouring to practise medicine, as well as carrying on its hospital services. He recognized that it was not easy to draw the line between providing authorized hospital services and engaging in the prohibited practice of medicine and he expressed the view that a corporation, licensed to carry on a hospital, may employ doctors under contracts of service to provide medical services incidental to its undertaking. If this be the test, I am of the opinion that it has been met in this case.

I cannot agree that the particular facts of this case, when considered in the light of the Crown's concession of the good faith of the respondent in

[5] [1956] O.R. 770.

Herdman[5], pour le motif «qu'il y a ici véritablement exploitation de bonne foi d'un hôpital sous le régime et l'agrément de *The Private Hospitals Act* de l'Ontario, en vertu d'une charge, approuvée conformément à cette loi, attribuant à la Société hospitalière le pouvoir d'engager des médecins praticiens qualifiés pour prodiguer des soins médicaux». Il a ajouté: «Je partage l'avis de mon collègue MacKay; cela fait que la convention intervenue entre l'appelant et la Société hospitalière est licite». Il a également jugé que les dispositions portant que l'intimé doit fournir des services professionnels aux patients à titre d'employé de l'hôpital ct que tous les revenus ainsi générés doivent revenir à l'hôpital, ne portent pas atteinte à sa licéité. Le juge suppléant MacKay, l'autre juge de la majorité, est d'avis que c'est l'intimé et non pas l'hôpital qui exerce la médecine. A mon sens, l'arrêt *Carruthers* n'a qu'une pertinence secondaire ici puisqu'il traite d'une clause de non-concurrence; je ne crois pas que la crainte, formulée dans cette affaire-là, que des personnes ou des entités non qualifiées deviennent partie à la relation médecin-patient, existe ici. Aucun tiers n'intervient dans la relation médecin-patient en l'espèce, et cela signifie que le danger perçu dans l'affaire *Carruthers* n'existe pas ici. De plus, il n'est nullement question ici de l'assujettissement de l'intimé à la discipline et au contrôle du Collège des médecins et des chirurgiens de l'Ontario.

Après un examen minutieux des faits, le juge Ryan, dissident, a conclu que le juge Heald a eu raison de statuer que l'hôpital cherchait à exercer la médecine en plus d'offrir des soins hospitaliers. Il a reconnu qu'il n'était pas facile de fixer les limites entre la fourniture de services hospitaliers autorisés et la pratique interdite de la médecine et il s'est dit d'avis qu'une société, autorisée à exploiter un hôpital, peut, par contrat de louage de services, engager des médecins pour qu'ils fournissent les services médicaux nécessaires à l'entreprise. Si tel est le critère, je suis d'avis qu'on y a satisfait en l'espèce.

Je ne peux accepter que les faits particuliers de cette affaire permettent de maintenir les cotisations contre l'intimé, étant donné que l'appelante a

[5] [1956] O.R. 770.

incorporating a company to operate a private hospital and the eschewing by the Crown of any suggestion of sham, provide a basis upon which to uphold the assessments against the respondent. In my view, the Federal Court of Appeal correctly held, on the particular facts here, that it was the respondent and not the hospital who was practising or endeavouring to practise medicine. Moreover, that did not inevitably require the conclusion that, in assigning his fees to the hospital, the respondent was assigning his own money rather than carrying out an arrangement under which the fees belonged to the hospital. The billing procedure was required by provincial regulations and cannot be the controlling element in determining to whom the fees belong when there was a valid arrangement for the provision of a salary to the respondent and for the accounting of fees to the hospital as employer.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

concédé que l'intimé était de bonne foi lorsqu'il a constitué une société pour exploiter un hôpital privé; d'ailleurs elle s'est abstenue d'alléguer l'existence d'un subterfuge. A mon avis, la Cour d'appel fédérale a correctement jugé, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, que c'était l'intimé et non l'hôpital qui exerçait la médecine ou qui cherchait à l'exercer. De plus, cela n'impose pas inévitablement la conclusion que par la cession de ses honoraires à l'hôpital, l'intimé cédait ses propres deniers plutôt qu'il ne respectait une convention en vertu de laquelle les honoraires appartenaient à l'hôpital. La procédure de facturation est imposée par des règlements provinciaux et ne peut être l'élément déterminant pour décider à qui les honoraires appartiennent lorsqu'il existe une convention valide accordant un salaire à l'intimé et exigeant la reddition des honoraires à l'hôpital en tant qu'employeur.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

Procureurs de l'intimé: Fraser & Beatty, Toronto.

Tibor Korponay *Appellant*;

and

Irving Kulik, Director of the Leclerc Institution *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada *Mis en cause.*

1980: May 21.

Present: Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Habeas corpus — Jurisdiction of the court — Question which could be raised by way of appeal.

The appellant, charged with possession of a narcotic for the purpose of trafficking, elected for trial before judge and jury. After a preliminary hearing, he was cited to trial before the Court of the Queen's Bench. Afterwards, an indictment was preferred by the Attorney General of Canada in terms identical to those in the original information charging him and his trial proceeded before Mayrand J. in the Court of the Sessions of the Peace. The appellant, convicted and sentenced to fourteen years of imprisonment, launched an appeal and a petition for writ of *habeas corpus*. The Court of Appeal having dismissed the appeal on the merits, this Court granted the application for leave to appeal from that decision. That appeal will be heard at a later date. The only issue now before this Court is the petition for *habeas corpus* which had been dismissed by the Superior Court and the Court of Appeal. Nolan J. A., who delivered the reasons of the Court of Appeal, stated that "a petition for writ of *habeas corpus* does not lie in the circumstances of this case: *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *In re Richard Darby*, [1964] S.C.R. 64; *Sanders v. The Queen* (1920), 2 C.C.C. 57. All the allegations concerning the alleged lack of jurisdiction of the Court of the Sessions of the Peace could have been raised by way of appeal".

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec affirming the judgment of the Superior Court dismissing a petition for *habeas corpus*. Appeal dismissed.

Tibor Korponay *Appelant*;

et

Irving Kulik, directeur de l'institution Leclerc *Intimé*;

et

Le procureur général du Canada *Mis en cause.*

1980: 21 mai.

Présents: Les juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Habeas corpus — Compétence de la cour — Question pouvant être soulevée par voie d'appel.

L'appelant, accusé de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic, a choisi un procès devant juge et jury. Après une enquête préliminaire, il a été cité à procès devant la Cour du banc de la Reine. Par la suite, le procureur général du Canada a présenté un acte d'accusation en des termes identiques à ceux de la dénonciation originale et le procès de l'accusé a eu lieu devant le juge Mayrand en Cour des sessions de la paix. Déclaré coupable et condamné à quatorze ans de prison, l'appelant a interjeté appel et demandé un bref d'*habeas corpus*. Suite au rejet de l'appel au fond par la Cour d'appel, cette Cour a accueilli la demande d'autorisation de pourvoi à l'encontre de cette décision. Ce pourvoi-là doit être entendu dans l'avenir. La seule question soumise en l'espèce à cette Cour est la demande d'*habeas corpus* que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont rejetée. Le juge Nolan, qui a exposé les motifs de la Cour d'appel, a déclaré qu'«une demande de bref d'*habeas corpus* est irrecevable dans les circonstances de cette affaire: *Goldhar c. La Reine*, [1960] R.C.S. 431; *In re Richard Darby*, [1964] R.C.S. 64; *Sanders c. La Reine* (1920), 2 C.C.C. 57. Le prétendu défaut de compétence de la Cour des sessions de la paix aurait pu être soulevé par voie d'appel».

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté une demande d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

Paul Skolnik and *Ivan Lerner*, for the appellant.

Réjean F. Paul, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—The legal issues raised on the application for *habeas corpus* will be before this Court on the appellant's appeal, leave for which has been granted. In these circumstances, we agree with the reasons delivered in the Court of Appeal by Nolan J. A. in dismissing the appellant's appeal to that Court in respect of his petition for *habeas corpus*. The appeal is dismissed and also the appellant's application for a writ of *certiorari*.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Paul Skolnik, Montreal.

Solicitor for the respondent and the mis en cause: Réjean F. Paul, Montreal.

Paul Skolnik et *Ivan Lerner*, pour l'appelant.

Réjean F. Paul, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Les questions juridiques soulevées par la demande d'*habeas corpus* seront débattues devant cette Cour sur l'appel de l'appelant qui a obtenu l'autorisation d'appeler. Dans les circonstances, nous sommes d'accord avec les motifs rendus en Cour d'appel par le juge Nolan qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant relativement à sa demande d'*habeas corpus*. L'appel est rejeté de même que la demande de *certiorari* de l'appelant.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Paul Skolnik, Montréal.

Procureur de l'intimé et du mis en cause: Réjean F. Paul, Montréal.

Léger Gallant *Appellant*;

and

Bel Automobiles (1961) Inc. *Respondent.*

1980: October 27.

Present: Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

MOTION FOR EXTENDING TIME TO INSCRIBE FOR HEARING

Courts — Practice — Delay in inscribing for hearing — Appeal held abandoned — Rules of the Supreme Court of Canada, C.R.C., c. 1512, rule 59.

In this case, the notice of appeal was served on November 7, 1974. The appeal was only inscribed for hearing on February 21, 1980, therefore not within the one year time limit pursuant to rule 59 of the Supreme Court Rules. Appellant brought an oral motion to have that time limit extended.

MOTION for extending time to inscribe for hearing and to have the appeal held not abandoned. Motion dismissed.

Charles Desrosiers, for the appellant.

Raymond Nepveu, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

DICKSON J.—We are all of the opinion that the motion of the appellant to extend the time within which the appeal should be heard be dismissed.

The appeal is held to have been abandoned.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Desrosiers, Boucher, Sept-Iles, Que.

Solicitors for the respondent: Dionne, Gauthier & Bélanger, Sept-Iles, Que.

Léger Gallant *Appelant*;

et

Bel Automobiles (1961) Inc. *Intimée.*

1980: 27 octobre.

Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

REQUÊTE POUR PROROGER LE DÉLAI D'INSCRIPTION POUR AUDITION

Tribunaux — Pratique — Retard dans l'inscription pour audition — Appel censé abandonné — Règles de la Cour suprême du Canada, C.R.C., chap. 1512, règle 59.

L'avis d'appel en l'espèce a été signifié le 7 novembre 1974 et l'appel n'a été inscrit que le 21 février 1980, soit après le délai d'un an prévu à la règle 59 des Règles de la Cour suprême. L'appelant a présenté une requête orale pour obtenir une prorogation de ce délai.

REQUÊTE pour proroger le délai d'inscription pour audition et faire déclarer l'appel non abandonné. Requête rejetée.

Charles Desrosiers, pour l'appelant.

Raymond Nepveu, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE DICKSON—Nous sommes tous d'avis de rejeter la requête de l'appelant pour prolonger le délai.

L'appel est censé avoir été abandonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Desrosiers, Boucher, Sept-Iles, Qué.

Procureurs de l'intimée: Dionne, Gauthier & Bélanger, Sept-Iles, Qué.

Gregory Forsythe *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: May 14; 1980: June 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge of rape — Certiorari — Motion to quash — Preliminary hearing — Committal for trial — Whether complainant compellable witness at in camera hearing — Questions on sexual conduct — Adequacy of notice and particulars — Denial of natural justice — Right to cross-examine — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 142, 455.3(1)(a), 468(1)(a).

The appellant and a co-accused were charged with rape. During the preliminary inquiry, the appellant was denied the right to question the complainant with respect to her sexual conduct with persons other than himself in an *in camera* hearing held pursuant to s. 142(1) of the *Criminal Code*. A request of appellant's counsel to cross-examine a police sergeant on the notes he made during an interview with the complainant was also refused. The appellant was eventually committed for trial and he applied for an order quashing the committal for trial. The application was dismissed by the Supreme Court of Ontario and the appeal from that judgment was dismissed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

That *certiorari* may be invoked to quash a committal for trial is accepted law in Canada, but only in cases of lack or loss of jurisdiction, which can only occur when a magistrate fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code* or when there is a denial of natural justice, which denial, in the case of a preliminary inquiry, has to be a complete denial to the accused of a right to call witnesses or to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of questions on cross-examination or a ruling on the admissibility of evidence, even if erroneous, do not go to jurisdiction and do not open the way to *certiorari*. The refusal of a request to cross-examine a police sergeant on some notes does not, therefore, even if wrong, support reviewability on *certiorari*.

With respect to the *in camera* hearing, it is the first time that the interpretation and application of s. 142(1)

Gregory Forsythe *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 14 mai; 1980: 27 juin.

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

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

Droit criminel — Accusation de viol — Certiorari — Requête en cassation — Enquête préliminaire — Renvoi à procès — Plaignante contraignable ou non comme témoin à l'audition à huis clos — Questions sur le comportement sexuel — Avis et exposé adéquats — Déni de justice naturelle — Droit au contre-interrogatoire — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 142, 455.3(1)a), 468(1)a).

L'appelant et un coaccusé ont été accusés de viol. A l'enquête préliminaire, on a refusé à l'appelant le droit de poser des questions à la plaignante, sur son comportement sexuel avec une autre personne que lui, lors d'une audition à huis clos tenue en vertu du par. 142(1) du *Code criminel*. Une requête de l'avocat de l'appelant pour contre-interroger un sergent de police sur les notes qu'il avait prises pendant une entrevue avec la plaignante, lui a aussi été refusée. Il y a finalement eu renvoi à procès et l'appelant a demandé une ordonnance pour casser le renvoi à procès. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté la requête en cassation et la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté de ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En droit canadien, il est reconnu que l'on peut avoir recours au *certiorari* pour faire casser un renvoi à procès mais seulement dans les cas de défaut ou de perte de compétence. Cela ne peut se produire que si un magistrat omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* ou s'il y a un déni de justice naturelle, qui, dans le cas d'une enquête préliminaire, doit priver totalement l'accusé du droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet de questions en contre-interrogatoire ou une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve, ne porte pas atteinte à la compétence et n'ouvre pas la voie au *certiorari*. Le refus d'une requête en contre-interrogatoire d'un sergent de police sur ses notes ne justifie donc pas, même si elle est erronée, une révision par voie de *certiorari*.

A l'égard de l'audition à huis clos, c'est la première fois que cette Cour doit interpréter et appliquer le par.

of the *Criminal Code*, introduced in 1976, are before this Court. It cannot be doubted, having regard to the reference in s. 142(1) to "the judge, magistrate or justice", that its provisions apply to a preliminary inquiry. Section 142 has affected the prior law which disentitled an accused to pursue and seek to contradict a denial by a complainant of sexual misconduct with persons other than the accused. Section 142 may be regarded as balancing the interests of both the complainant (whereas she may now be required to answer the question in public, she may not have to do so if the Court rules against it although she may have to submit to the question in private) and the accused (whereas he could formerly put the question in public without necessarily being entitled to an answer, he now has the right of answer and the right to contradict it if the Court rules in his favour in the *in camera* hearing).

The presiding judge or magistrate should go into an *in camera* hearing in respect of the adequacy or sufficiency of the "reasonable notice" and the "particulars of evidence" required by clause (*a*) of s. 142(1). It would defeat the purpose of s. 142 if the notice and particulars were revealed prior to the *in camera* hearing. The requirement of particulars does not oblige the accused to set out the very questions that he seeks to put. The findings of the judge or magistrate on the adequacy or sufficiency of the notice and particulars are not reviewable on *certiorari* or on a motion to quash brought to challenge a committal for trial or to challenge a decision made in the course of a preliminary inquiry.

The *in camera* hearing being for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, evidence may be taken at the hearing, although the judge or magistrate may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. If evidence is taken, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(*b*), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called by him at the hearing. However, the judge or magistrate has discretion to decide not to hear a proposed witness, be the witness the complainant or some other person, though he would generally be better able to exercise his judgment about a witness after hearing his evidence rather than by not hearing it at all. Here, the presiding judge did not think that any assistance would be provided by compelling the complainant to testify at an *in camera* hearing, and his decision does not amount to a denial of natural justice.

142(1) du *Code criminel*, adopté en 1976. Il ne fait aucun doute, que compte tenu du renvoi dans le par. 142(1) au «juge, ... magistrat ou ... juge de paix», il s'applique à une enquête préliminaire. L'article 142 a modifié le droit antérieur qui ne permettait pas à un accusé de chercher à contredire une plaignante qui niait toute inconduite sexuelle avec d'autres personnes. On peut considérer que l'art. 142 établit un équilibre entre les intérêts de la plaignante (même si elle peut maintenant devoir répondre aux questions en public, elle ne peut pas avoir à le faire si le tribunal en décide autrement, bien qu'elle puisse devoir y répondre en privé) et ceux de l'accusé (alors qu'il pouvait antérieurement poser les questions en public sans avoir nécessairement droit à une réponse, il a maintenant le droit d'obtenir une réponse et de la contredire si le tribunal tranche en sa faveur à l'audition à huis clos).

Le juge ou le magistrat présidant doit tenir une audition à huis clos sur le caractère adéquat ou suffisant de «l'avis raisonnable» et de «l'exposé de [la] valeur probante» exigés par l'al. 142(1)*a*). Ce serait faire échec à l'objet de l'art. 142 que de révéler l'avis et l'exposé avant l'audition à huis clos. L'exposé n'oblige pas l'accusé à formuler les questions précises qu'il veut poser. Les conclusions du juge ou du magistrat sur le caractère adéquat ou suffisant ne pourraient donner lieu à révision par voie de *certiorari* ou par requête en cassation pour contester un renvoi à procès ou une décision prise pendant l'enquête préliminaire.

Comme l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, des témoignages peuvent être recueillis à l'audition, mais le juge ou le magistrat peut décider, après avoir entendu les plaidoiries ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. Si des témoignages sont recueillis, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)*b*), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée par lui à l'audition. Cependant, le juge ou le magistrat jouit d'un pouvoir discrétionnaire afin de décider d'entendre un témoin proposé, qu'il s'agisse de la plaignante ou d'autres personnes; il sera toutefois généralement plus en mesure d'exercer son jugement à l'égard d'un témoin après avoir entendu son témoignage que s'il ne l'entend pas du tout. Ici, le juge présidant n'a pas estimé qu'obliger la plaignante à témoigner à l'audition à huis clos serait utile et sa décision ne constitue pas un déni de justice naturelle.

R. v. Botting, [1966] 2 O.R. 121; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. v. Fortin*, [1968] Que. Q.B. 536; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Attorney General for Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *R. v. Moulton*, [1980] 1 W.W.R. 711; *R. v. Roussel* (1979), 10 C.R. (3d) 184; *R. v. Lawson* (1978), 39 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Morris* (1977), 1 C.R. (3d) 284; *R. v. O'Brien* (1976), 31 C.C.C. (2d) 396; *R. v. MacIntyre* (1978), 42 C.C.C. (2d) 217; *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan* (1976), 32 C.C.C. (2d) 210; *R. v. Finnessey* (1906), 10 C.C.C. 347; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 21 C.C.C. (2d) 321; *R. v. Krausz* (1973), 57 Cr. App. R. 466, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], dismissing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario[2] dismissing an application for an order quashing the appellant's committal for trial on a charge of rape. Appeal dismissed.

Keith E. Wright, for the appellant.

Bonnie J. Wein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether the appellant is entitled to quash on *certiorari* a committal for trial on a charge of rape. This issue engages *Criminal Code*, s. 142, as enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 8. The application to quash was dismissed by Hollingworth J., and his judgment was affirmed by the Ontario Court of Appeal without calling on counsel for the respondent Crown. Brooke J.A., in very short reasons, stated that the Court of Appeal was "in substantial agreement with the judgment of Mr. Justice Hollingworth, and in our view on the facts of this case he was correct in refusing to make the order [to quash]". I shall come shortly to Judge Hollingworth's reasons but I wish first to delineate the grounds upon which a committal for trial may be quashed.

[1] (1978), 27 Chitty's L.J. 36.
[2] (1978), 26 Chitty's L.J. 311.

Jurisprudence: *R. v. Botting*, [1966] 2 O.R. 121; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. c. Fortin*, [1968] B.R. 536; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *R. v. Moulton*, [1980] 1 W.W.R. 711; *R. v. Roussel* (1979), 10 C.R. (3d) 184; *R. v. Lawson* (1978), 39 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Morris* (1977), 1 C.R. (3d) 284; *R. v. O'Brien* (1976), 31 C.C.C. (2d) 396; *R. v. MacIntyre* (1978), 42 C.C.C. (2d) 217; *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan* (1976), 32 C.C.C. (2d) 210; *R. v. Finnessey* (1906), 10 C.C.C. 347; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 21 C.C.C. (2d) 321; *R. v. Krausz* (1973), 57 Cr. App. R. 466.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté un appel interjeté d'un jugement de la Cour suprême de l'Ontario[2] qui avait rejeté la requête de l'appelant visant la cassation d'un renvoi à procès sur une accusation de viol. Pourvoi rejeté.

Keith E. Wright, pour l'appelant.

Bonnie J. Wein, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question en litige dans ce pourvoi, interjeté avec l'autorisation de cette Cour, est celle de savoir si l'appelant a droit de faire casser par *certiorari* un renvoi à procès sur une accusation de viol. Cette question met en jeu l'art. 142 du *Code criminel*, édicté par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 8. Le juge Hollingworth a rejeté la requête en cassation et la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa décision sans demander au substitut du procureur général intimé de plaider. Le juge Brooke, dans de très courts motifs, a dit que la Cour d'appel était [TRADUCTION] «substantiellement d'accord avec la décision du juge Hollingworth et, compte tenu de notre interprétation des faits de l'espèce, il a eu raison de refuser de rendre l'ordonnance [de cassation]». Je viendrai bientôt au jugement du juge Hollingworth, mais je désire d'abord délimiter les motifs qui justifient la cassation d'un renvoi à procès.

[1] (1978), 27 Chitty's L.J. 36.
[2] (1978), 26 Chitty's L.J. 311.

That *certiorari* may be invoked to quash a committal for trial is accepted law in Canada: see *R. v. Botting*[3]; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. v. Fortin*[4]. The fact that it is a discretionary remedy and may be refused where there is another recourse does not affect resort to it in respect of a committal for trial since there is no other recourse. Committals for trial are not appealable and can only be challenged by *certiorari* or motion to quash. What then are the grounds upon which a successful challenge may be made? In *Patterson v. The Queen*[5], this Court stated that lack of jurisdiction was the only ground for quashing a committal for trial. The decision was based upon a particular fact situation. Counsel for the accused sought, on the preliminary inquiry, to compel production of a statement given to the police by a prosecution witness. Although the request for production was denied, the defence was not prohibited from cross-examining on the contents of the statement. It discontinued cross-examination without seeking to delve into the statement. This Court held that even if the denial of production was wrong (and it held that it was not), this did not go to jurisdiction. Spence J., in dissent, felt that there was a denial of natural justice (and hence a jurisdictional error) by viewing the facts as depriving the accused of the right to cross-examine given by what is now *Criminal Code*, s. 468(1)(*a*).

En droit canadien, il est reconnu que l'on peut avoir recours au *certiorari* pour faire casser un renvoi à procès: voir *R. v. Botting*[3]; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. c. Fortin*[4]. Le fait qu'il s'agit d'un recours de nature discrétionnaire, qui peut être refusé s'il en existe un autre, n'a pas d'incidence sur son emploi dans le cas d'un renvoi à procès car il n'existe pas d'autre recours. Les renvois à procès ne sont pas susceptibles d'appel et ne peuvent être contestés que par *certiorari* ou requête en cassation. Dans quels cas pourra-t-on les faire casser? Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*[5], cette Cour a dit que le défaut de compétence est le seul motif qui permette de casser un renvoi à procès. La décision se fondait sur une situation de fait particulière. L'avocat de l'accusé avait, à l'enquête préliminaire, cherché à exiger la production d'une déclaration faite à la police par un témoin de la poursuite. Bien que la demande de production ait été rejetée, la défense n'a pas été empêchée de contre-interroger sur le contenu de la déclaration. Elle a cessé le contre-interrogatoire sans s'attarder davantage sur la déclaration. Cette Cour a décidé que même si le refus de production était erroné (et elle a décidé que ce n'était pas le cas), cela ne portait pas atteinte à la compétence. Le juge Spence, dissident, était d'avis qu'il y avait eu un déni de justice naturelle (et, par conséquent, une erreur portant atteinte à la compétence) parce que, suivant son interprétation des faits, l'accusé avait été privé du droit de contre-interroger que lui donnait ce qui est maintenant l'al. 468(1)*a*) du *Code criminel*.

In speaking of lack of jurisdiction, this Court was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or a magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal*

En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'ar-

[3] [1966] 2 O.R. 121.
[4] [1968] Que. Q.B. 536.
[5] [1970] S.C.R. 409.

[3] [1966] 2 O.R. 121.
[4] [1968] B.R. 536.
[5] [1970] R.C.S. 409.

Code: see *Doyle v. The Queen*[6]. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*[7]. In the case of a preliminary inquiry, I cannot conceive that this could arise otherwise than by a complete denial to the accused of a right to call witnesses or of a right to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence would not, in my view, amount to a jurisdictional error. However, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*.

In *Attorney General for Quebec v. Cohen*[8], this Court was faced with an attempt by an accused to quash a decision of a magistrate during the course of a preliminary inquiry and before there was a committal for trial. Pigeon J., speaking for this Court, noted that this was an unprecedented proceeding. The decision which the accused sought to quash was a refusal by the magistrate to allow accused's counsel to put questions to a Crown witness on cross-examination in respect of depositions taken *ex parte* and *in camera*, under *Criminal Code*, s. 455.3(1)(*a*), by a magistrate before whom an information had been laid against the accused. An order to quash was denied on the ground that a ruling on the admissibility of evidence, even if erroneous, did not go to jurisdiction. There can be no gainsaying the correctness of this conclusion.

I come now to *Criminal Code*, s. 142 and to the course of proceedings before Provincial Court Judge McMahon and to the reasons of Hollingworth J. on the motion to quash the committal for trial. *Criminal Code*, s. 142 reads as follows:

142. (1) Where an accused is charged with an offence under section 144 or 145 or subsection 146(1) or 149(1), no question shall be asked by or on behalf of the accused

[6] [1977] 1 S.C.R. 597.
[7] [1953] 2 S.C.R. 140.
[8] [1979] 2 S.C.R. 305.

rêt *Doyle c. La Reine*[6]. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*[7]. Dans le cas d'une enquête préliminaire, je ne peux concevoir que cela se produise à moins que l'accusé ne se voie totalement refuser le droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet d'une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d'autres décisions sur la preuve avancée ne constituent pas, à mon avis, une erreur portant atteinte à la compétence. Cependant, le juge ou le magistrat présidant à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel*.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cohen*[8], un accusé a tenté de faire casser par cette Cour une décision d'un magistrat rendue pendant l'enquête préliminaire, avant qu'il n'y ait eu renvoi à procès. Le juge Pigeon, parlant au nom de cette Cour, a souligné qu'il n'existait aucun précédent. L'accusé cherchait à faire casser le refus du magistrat de permettre à son avocat de contre-interroger un témoin du ministère public relativement à des dépositions reçues *ex parte* et à huis clos, en vertu de l'al. 455.3(1)*a*) du *Code criminel*, par un magistrat qui avait reçu une dénonciation contre l'accusé. Une ordonnance de cassation a été refusée pour le motif qu'une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve, ne porte pas atteinte à la compétence. On ne peut nier la justesse de cette conclusion.

J'en viens maintenant à l'art. 142 du *Code criminel*, au déroulement des procédures devant le juge McMahon de la Cour provinciale et aux motifs du juge Hollingworth sur la requête en cassation du renvoi à procès. L'article 142 du *Code criminel* dispose:

142. (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146(1) ou 149(1) ou son représentant ne doivent poser de questions

[6] [1977] 1 R.C.S. 597.
[7] [1953] 2 R.C.S. 140.
[8] [1979] 2 R.C.S. 305.

as to the sexual conduct of the complainant with a person other than the accused unless

(*a*) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to ask such question together with particulars of the evidence sought to be adduced by such question and a copy of such notice has been filed with the clerk of the court; and

(*b*) the judge, magistrate or justice, after holding a hearing *in camera* in the absence of the jury, if any, is satisfied that the weight of the evidence is such that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant.

(2) The notice given under paragraph (1)(*a*) and the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph (1)(*b*) shall not be published in any newspaper or broadcast.

(3) Every one who, without lawful excuse the proof of which lies upon him, contravenes subsection (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(4) In this section, "newspaper" has the same meaning as it has in section 261.

(5) In this section and in section 442, "complainant" means the person against whom it is alleged that the offence was committed.

I have reproduced the whole section although the issues in this case touch only subss. 1(*a*) and (*b*), as amplified by subs. (2).

The interpretation and application of s. 142(1) is before this Court for the first time, but it has been the subject of case law in the Courts of Appeal of Alberta and British Columbia (see *R. v. Moulton*[9], *R. v. Roussel*[10] and *R. v. Lawson*[11]); in the Supreme Court of British Columbia (see *R. v. Morris*[12]); in District Courts in Newfoundland and in Ontario (see *R. v. O'Brien*[13]); *R. v. MacIntyre*[14] and in a Provincial Court of Ontario (see *R. v.*

[9] [1980] 1 W.W.R. 711.
[10] (1979), 10 C.R. (3d) 184.
[11] (1978), 39 C.C.C. (2d) 85.
[12] (1977), 1 C.R. (3d) 284.
[13] (1976), 31 C.C.C. (2d) 396.
[14] (1978), 42 C.C.C. (2d) 217.

sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne

a) que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de leur valeur probante; et

b) que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

(2) Il est interdit de diffuser dans un journal ou à la radio l'avis donné conformément à l'alinéa (1)*a*), la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)*b*).

(3) Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, ne se conforme pas au paragraphe (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(4) Au présent article, «journal» a le même sens qu'à l'article 261.

(5) Au présent article et à l'article 442, «plaignante» désigne la victime de la présumée infraction.

J'ai reproduit l'article au complet bien que les questions en litige en l'espèce ne concernent que les al. (1)*a*) et (1)*b*), dont la portée est explicitée par le par. (2).

C'est la première fois que cette Cour doit interpréter et appliquer le par. 142(1), mais cette disposition a fait l'objet de décisions des cours d'appel de l'Alberta et de la Colombie-Britannique (voir *R. v. Moulton*[9], *R. v. Roussel*[10] et *R. v. Lawson*[11]); de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (voir *R. v. Morris*[12]); des Cours de district de Terre-Neuve et de l'Ontario (voir *R. v. O'Brien*[13]); *R. v. MacIntyre*[14] et d'une Cour provinciale de

[9] [1980] 1 W.W.R. 711.
[10] (1979), 10 C.R. (3d) 184.
[11] (1978), 39 C.C.C. (2d) 85.
[12] (1977), 1 C.R. (3d) 284.
[13] (1976), 31 C.C.C. (2d) 396.
[14] (1978), 42 C.C.C. (2d) 217.

McKenna, McKinnon and Nolan[15]). There has been advertence in this line of cases to what the various courts have considered to be the purpose of s. 142, namely, to alleviate the trauma and the humiliation and embarrassment of a complainant by an inquiry into her past sexual conduct with persons other than the accused. The provision also appears, however, to balance the interests of an accused because, under the prior law, a denial of sexual misconduct with others precluded any further inquiry into what was considered to be a collateral issue. However, inquiry into previous sexual encounters with the accused was not a collateral matter into which inquiry was foreclosed by a denial. It was relevant to consent which is so often the main issue in sexual offences. It was, also, open to an accused under the prior law to ask questions as to the complainant's general reputation for chastity, as a matter going to credibility and consent, but the accused was entitled to bring evidence to contradict a denial of unchastity, subject in some circumstances to the discretion of the trial judge to disallow such questions: see *R. v. Finnessey*[16], at p. 351; *R. v. Basken and Kohl*[17], at p. 337; and see also the wider scope of questions as to general reputation for prostitution approved in *R. v. Krausz*[18], at p. 472. These last mentioned inquiries are not directly affected by s. 142.

In indicating as I have that, in my opinion s. 142 has affected the prior law which disentitled an accused to pursue and seek to contradict a denial by a complainant of sexual misconduct with others, I am endorsing a view that was expressed by Meredith J. in *R. v. Morris, supra.* This, however, is not the view taken by McDermid J.A. in *R. v. Moulton, supra*, at p. 726. He said this:

[15] (1976), 32 C.C.C. (2d) 210.
[16] (1906), 10 C.C.C. 347.
[17] (1974), 21 C.C.C. (2d) 321.
[18] (1973), 57 Cr. App. R. 466.

l'Ontario (voir *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan*[15]). Cette jurisprudence fait allusion à ce que les différents tribunaux ont considéré être l'objet de l'art. 142, savoir, atténuer le traumatisme, l'humiliation et la gêne causés à une plaignante par une enquête sur son comportement sexuel passé avec d'autres personnes que l'accusé. Cependant, la disposition tient également compte des intérêts de l'accusé parce qu'en vertu du droit antérieur, si la plaignante niait toute inconduite sexuelle avec d'autres personnes, cela empêchait toute autre enquête sur ce qui était considéré comme une question accessoire. Cependant, une enquête sur les relations sexuelles antérieures de la plaignante avec l'accusé n'était pas une question accessoire à l'égard de laquelle une dénégation empêchait de poursuivre l'enquête. Elle était pertinente au consentement qui est si souvent la principale question en litige dans les infractions d'ordre sexuel. Un accusé pouvait également, selon le droit antérieur, poser à la plaignante des questions sur sa réputation générale de chasteté, en tant que question touchant au crédit à lui accorder et au consentement, mais l'accusé avait le droit d'avancer une preuve pour contredire la plaignante si elle niait avoir eu des relations sexuelles antérieurement, sous réserve, en certaines circonstances, du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'interdire pareilles questions: voir *R. v. Finnessey*[16], à la p. 351; *R. v. Basken and Kohl*[17], à la p. 337; et voir également l'arrêt *R. v. Krausz*[18], à la p. 472 où l'on a autorisé des questions d'une portée plus vaste se rapportant à une réputation générale de prostitution. Les questions de la nature de celles mentionnées en dernier lieu ne sont pas directement touchées par l'art. 142.

En disant qu'à mon avis, l'art. 142 a modifié le droit antérieur qui ne permettait pas à un accusé de chercher à contredire une plaignante qui niait tout inconduite sexuelle avec d'autres personnes, j'adopte l'opinion du juge Meredith dans l'arrêt *R. v. Morris*, précité. Cela, cependant, n'est pas l'opinion du juge McDermid de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Moulton*, précité, à la p. 726. Il y dit ceci:

[15] (1976), 32 C.C.C. (2d) 210.
[16] (1906), 10 C.C.C. 347.
[17] (1974), 21 C.C.C. (2d) 321.
[18] (1973), 54 Cr. App. R. 466.

The rules as to the examination of a complainant as to her sexual conduct are judge-made rules. In my opinion if Parliament had intended to extend the rights of an accused by providing that evidence could be called to contradict a complainant's evidence in respect of specific acts of sexual intercourse with men other than the accused it would have so provided specifically and not by implication.

Since McDermid J.A. also held that a complainant could be a compellable witness at an *in camera* hearing under s. 142(1)(*b*) (a point which I address later in these reasons), I am puzzled by his statement quoted above. If the presiding judge or magistrate finds in an *in camera* hearing that the conditions upon which questions may be asked about sexual misconduct by the complainant with others have been met, it follows that her credibility becomes an issue of fact which can properly be pursued upon the resumption of the preliminary inquiry or of the trial, as the case may be. The accused, in making his defence, is not limited to cross-examining the complainant to expose the falsity of a denial of sexual encounters with others (if she does deny them), but may put forward other witnesses (those whose evidence was given in the *in camera* hearing) to impugn the credibility of the complainant. If this cannot be done, s. 142 becomes almost a dead letter, notwithstanding that the judge or magistrate, who has taken evidence in an *in camera* hearing, has concluded that to exclude the evidence, including that going to the credibility of the complainant, would prevent the making of a just determination of her credibility and of other issues of fact in the proceedings against the accused. I would note too that Lieberman J.A. in the *Moulton* case takes a view contrary to that of McDermid J.A. and one in conformity with *R. v. Morris*.

It follows from the foregoing that the complainant must now answer the type of question envisaged by s. 142(1) and must do so in public, unless the Court, in the exercise of its discretion, refuses to allow such an inquiry after the *in camera* hearing. It may refuse because, for example, counsel for the accused is engaging in a fishing expedition and has no reasonable basis for putting such a question. Of course, the accused must not

[TRADUCTION] Les règles relatives à l'interrogatoire d'une plaignante sur son comportement sexuel sont de nature prétorienne. A mon avis, si le législateur avait voulu étendre les droits d'un accusé en établissant que des témoins pouvaient être cités pour contredire le témoignage d'une plaignante à l'égard de relations sexuelles données avec d'autres hommes que l'accusé, il l'aurait dit expressément et non tacitement.

Cette déclaration me laisse perplexe car le juge McDermid a également statué qu'une plaignante était un témoin contraignable à une audition à huis clos tenue conformément à l'al. 142(1)*b*) (un point dont je traite plus loin dans ces motifs). Si le juge ou le magistrat présidant conclut lors d'une audition à huis clos que les conditions permettant de poser des questions sur l'inconduite sexuelle de la plaignante avec d'autres personnes ont été remplies, il en découle que le crédit à accorder à cette dernière devient une question de fait qui peut à bon droit être approfondie à la reprise de l'enquête préliminaire ou du procès, selon le cas. Dans sa défense, l'accusé n'est pas limité au contre-interrogatoire de la plaignante pour faire ressortir la fausseté d'une dénégation de relations sexuelles avec d'autres personnes (si elle les nie), mais peut faire comparaître d'autres témoins (ceux qui ont témoigné à l'audition à huis clos) pour attaquer le crédit à accorder à la plaignante. Si cela ne peut être fait, l'art. 142 devient presque inopérant, nonobstant le fait que le juge ou le magistrat, qui a entendu des témoignages à l'audition à huis clos, a conclu qu'exclure cette preuve, y compris celle qui porte atteinte au crédit à accorder à la plaignante, empêcherait d'arriver à une décision juste sur cette question et sur les autres questions de fait en litige au procès de l'accusé. Je note également que le juge Lieberman dans l'arrêt *Moulton* adopte une opinion contraire à celle du juge McDermid et conforme à l'arrêt *R. v. Morris*.

Il découle de ce qui précède que la plaignante doit maintenant répondre aux questions du type qu'envisage le par. 142(1) et doit le faire publiquement, à moins que le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse, après la tenue d'une audition à huis clos, de permettre pareille enquête. Il peut refuser parce que, par exemple, l'avocat de l'accusé se lance dans une recherche à l'aveuglette et n'a pas de motifs raisonnables de

be prevented from making full answer and defence. Section 142 may, therefore, be regarded as balancing the interests of both the complainant and the accused through this change in the law of evidence. The gain of the complainant is that whereas she may now be required to answer the question in public she may not have to do so if the Court rules against it, although she may have to submit to the question in private. As for the accused, whereas he could formerly put the question in public without necessarily being entitled to an answer, he now has the right of answer and the right to contradict it if the Court rules in his favour in the *in camera* hearing.

As already noted, the issues touching the meaning and scope of s. 142 arose in this case upon a preliminary inquiry, and it cannot be doubted, having regard to the reference in the section to "the judge, magistrate or justice", that its provisions apply to such an inquiry. (In appearing to hold otherwise, *R. v. Roussel, supra*, was wrongly decided.) The section, applicable to charges of rape, attempted rape, sexual intercourse with a female under age fourteen and indecent assault of a female, is dominated by the words "no question shall be asked . . . unless" clauses (*a*) and (*b*) of s. 142(1) are complied with and satisfied.

I turn first to a consideration of clause (*a*). The case law to which I have referred above indicates that what is reasonable notice is a question of fact in each case, and there can be no quarrel with this view. It follows, of course, that even if the question of reasonable notice might give rise to an appealable issue where s. 142 is invoked in the course of a trial, it does not give rise to an issue reviewable on *certiorari* brought to challenge a committal for trial or to challenge a decision made in the course of a preliminary inquiry. The second principal element of clause (*a*) is the requirement that the notice include "particulars of the evidence sought to be adduced by such question", that is, a question or questions sought to be put by the accused as to the sexual conduct of the complainant with a person or persons other than the accused. The

poser pareilles questions. Évidemment, on ne doit pas empêcher l'accusé de présenter une défense pleine et entière. On peut, par conséquent, considérer que l'art. 142 établit un équilibre entre les intérêts de la plaignante et ceux de l'accusé par la modification qu'il apporte au droit de la preuve. La plaignante y gagne parce que, même si elle peut maintenant devoir répondre aux questions en public, elle peut ne pas avoir à le faire si le tribunal en décide autrement, bien qu'elle puisse devoir y répondre en privé. Quant à l'accusé, alors qu'il pouvait antérieurement poser les questions en public sans avoir nécessairement droit à une réponse, il a maintenant le droit d'obtenir une réponse et de la contredire si le tribunal tranche en sa faveur à l'audition à huis clos.

Comme je l'ai déjà noté, les questions relatives au sens et à la portée de l'art. 142 se sont soulevées en l'espèce au cours d'une enquête préliminaire, et il ne fait aucun doute que, compte tenu du renvoi dans cet article au «juge, . . . magistrat ou . . . juge de paix», il s'applique à une telle enquête. (L'arrêt *R. v. Roussel*, précité, qui décide apparemment le contraire, est mal fondé). Cet article, applicable aux accusations de viol, tentative de viol, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans et attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin, est dominé par les termes «ne doivent poser de questions . . . que si» les al. *a*) et *b*) du par. 142(1) sont respectés.

Je me penche en premier lieu sur l'al. *a*). La jurisprudence à laquelle j'ai fait référence plus tôt indique que le caractère raisonnable de l'avis est une question de fait dans chaque cas, et il n'y a rien à y redire. Il en découle, évidemment, que, même si le caractère raisonnable de l'avis peut constituer une question susceptible d'appel lorsque l'art. 142 est invoqué pendant un procès, il ne s'agit pas d'une question révisable par voie de *certiorari* pour contester un renvoi à procès ou une décision rendue pendant une enquête préliminaire. Le second élément principal de l'al. *a*) est l'exigence que l'avis soit accompagné «d'un exposé de [la] valeur probante», c'est-à-dire d'une ou plusieurs questions que l'accusé veut poser sur le comportement sexuel de la plaignante avec une ou plusieurs personnes autres que l'accusé. L'expres-

term "particulars of the evidence" appears to me to be a self-defining dictionary term, but I think some latitude must be given to the judge or magistrate to assess the sufficiency of the particulars that are given. The requirement of particulars would, ordinarily, encompass time and place and the names of the other persons allegedly involved with the complainant but I do not think that the requirement obliges an accused to set out the very questions that he or his counsel seeks to put. The questions that are sought to be put are, in my view, sequential to the particulars and not themselves a part thereof, although it would be open to the accused to specify the questions in the particulars if he so wishes. I see no reason, moreover, why the presiding judge or magistrate should not permit an amendment to the particulars, so long as the requirement of reasonable notice remains satisfied and so long as there is no prejudice to the complainant.

In the present case, unfortunately, the notice in writing embodying the particulars was not made part of the record, although there is a reference to it in the transcript of the proceedings before Judge McMahon. Counsel for the respondent Crown urged that Judge McMahon had ruled against the sufficiency of the notice and particulars. I do not think that the record supports this view. On the contrary, Hollingworth J. in his reasons had this to say on the matter:

> In this case, Mr. Wright [counsel for the accused] gave notice naming the complainant's boyfriend and Judge McMahon has accepted that notice as being adequate and I do not quarrel with him because that is his right.

The affirmation of Judge Hollingworth's reasons by the Ontario Court of Appeal means that there are concurrent findings on the adequacy or sufficiency of the notice and particulars. I would add this. Even if the question of sufficiency or insufficiency should be challenged, it would not be reviewable on *certiorari* or on a motion to quash at this stage, whatever be its appealability, if the matter arose in the course of a trial.

This brings me to clause (*b*), which is the nub of the present case under the competing and irrecon-

sion «exposé de [la] valeur probante» me paraît claire, mais je pense qu'il faut donner au juge ou au magistrat la latitude voulue pour évaluer si l'exposé est suffisant. L'exposé doit normalement inclure les dates, lieux et noms des autres personnes supposément impliquées avec la plaignante, mais je ne crois pas que l'accusé soit obligé de formuler les questions précises que son avocat ou lui veulent poser. Les questions qu'on a l'intention de poser, à mon avis, découlent de l'exposé de leur valeur probante et n'en font pas elles-mêmes partie, bien que l'accusé puisse les spécifier dans l'exposé s'il le désire. En outre, je ne vois aucune raison pour laquelle le juge ou le magistrat présidant ne pourrait permettre que l'on amende l'exposé, pourvu que l'exigence de l'avis raisonnable soit remplie et que la plaignante n'en subisse pas préjudice.

En l'espèce, malheureusement, l'avis écrit contenant l'exposé n'a pas été versé au dossier, bien que la transcription des procédures tenue devant le juge McMahon y fasse référence. Le substitut du procureur général intimé a fait valoir que le juge McMahon avait statué que l'avis et l'exposé étaient insuffisants. Je ne crois pas que l'on puisse tirer cette conclusion du dossier. Au contraire, le juge Hollingworth dans ses motifs a dit ceci sur ce point:

> [TRADUCTION] En l'espèce, Me Wright [l'avocat de l'accusé] a donné un avis désignant l'ami de la plaignante et le juge McMahon a jugé cet avis adéquat et je ne conteste pas sa décision parce qu'elle était de son ressort.

La confirmation des motifs du juge Hollingworth par la Cour d'appel de l'Ontario signifie qu'il existe des conclusions concordantes sur le caractère adéquat ou suffisant de l'avis et de l'exposé. J'ajouterais ceci: même si la question du caractère suffisant ou insuffisant devait être contestée, elle ne pourrait donner lieu à révision par voie de *certiorari* ou par requête en cassation à ce stade-ci, qu'elle soit ou non susceptible d'appel si elle se soulève au cours d'un procès.

Cela m'amène à l'al. *b*), qui est au cœur de cette affaire, compte tenu des positions opposées et irré-

cilable positions thereon by the accused and by the Crown. A preliminary issue is whether the presiding judge or magistrate should go into an *in camera* hearing in respect of the adequacy of the notice and particulars required under clause (*a*). I come back to what I said were the dominating words in s. 142, namely, "no question shall be asked ... unless". In my view, it would defeat the purpose of s. 142 if the notice and particulars were revealed prior to the *in camera* hearing because it may turn out that they are inadequate or do not properly indicate a relevant line of proposed questioning. If that be the case, then there should be no public revelation of "the particulars of the evidence sought to be adduced". Coming then directly to clause (*b*), there are two issues that were raised in the submissions of counsel for the accused and counsel for the Crown. They are (1) whether evidence may be or must be taken at the *in camera* hearing, and (2) whether, if so, the complainant, as well as any other person, is a compellable witness at the *in camera* hearing.

Counsel for the accused urged, of course, that s. 142(1)(*b*) envisaged the taking of evidence at the *in camera* hearing and, further, the credibility of the complainant being a matter expressly mentioned in s. 142(1)(*b*), she was necessarily a compellable witness to whom he was entitled, therefore, to put questions referable to the particulars set out in the notice. Counsel for the Crown submitted that s. 142(1)(*b*) did not envisage the proffering of evidence of witnesses at an *in camera* hearing, and certainly not the compellability of the complainant. According to Crown counsel, it was for the Court to determine merely on oral submissions whether the provisions of clauses (*a*) and (*b*) were met, and if the Court so concluded then the accused was free to put his questions at the resumption of the preliminary inquiry or of the trial, as the case might be. Alternatively, Crown counsel submitted that there is a broad discretion in the presiding judge to control the conduct of the *in camera* hearing and any error committed in the course of it would not be a ground to quash on *certiorari*.

I cannot subscribe to the main contention of Crown counsel that clause (*b*) envisages only oral

conciliables de l'accusé et du ministère public à son sujet. A titre préliminaire, il faut se demander si le juge ou le magistrat présidant doit tenir une audition à huis clos sur le caractère adéquat de l'avis et de l'exposé exigés par l'al. *a*). Je répète ce que j'ai dit être les termes qui dominent l'art. 142, savoir, «ne doivent poser de questions ... que si». A mon avis, ce serait faire échec à l'objet de l'art. 142 que de révéler l'avis et l'exposé avant l'audition à huis clos, parce qu'ils peuvent s'avérer inadéquats ou ne pas indiquer correctement la pertinence des questions que l'on veut poser. Si c'est le cas, «l'exposé de [la] valeur probante» ne doit pas être rendu public. Venant maintenant directement à l'al. *b*), deux questions ont été soulevées dans les plaidoiries de l'avocat de l'accusé et du substitut du procureur général. Il s'agit de savoir (1) si l'on peut ou doit entendre des témoignages à l'audition à huis clos, et (2) si, dans l'affirmative, la plaignante, comme toute autre personne, y est un témoin contraignable.

L'avocat de l'accusé a fait valoir, bien sûr, que l'al. 142(1)*b*) prévoit que des témoignages peuvent être recueillis à l'audition à huis clos et, de plus, que comme le crédit à accorder à la plaignante est une question expressément mentionnée à l'al. 142(1)*b*), cette dernière est nécessairement un témoin contraignable auquel l'accusé a par conséquent, le droit de poser des questions dont la valeur probante a été exposée dans l'avis. Le substitut du procureur général a soutenu que l'al. 142(1)*b*) ne prévoit pas de témoignages à l'audition à huis clos et n'établit certainement pas que la plaignante est contraignable. Selon lui, il appartient à la cour de déterminer sur la seule base des arguments oraux si les exigences des al. *a*) et *b*) ont été remplies, et, si la cour conclut en ce sens, l'accusé est alors libre de poser ses questions à la reprise de l'enquête préliminaire ou du procès, selon le cas. Subsidiairement, il a soutenu que le juge présidant a un vaste pouvoir discrétionnaire sur le mode de déroulement de l'audition à huis clos et qu'aucune erreur commise pendant celle-ci ne peut constituer un motif de cassation par *certiorari*.

Je ne peux souscrire à la prétention principale mise de l'avant par le substitut du procureur géné-

submissions or representations by counsel. There are two main reasons for rejecting the contention. First, the *in camera* hearing is for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, and I am unable to appreciate how weight can be determined without an assessment of witnesses called to give evidence, an assessment which would take into account their demeanor, their knowledge of the events about which they are examined, the consistency of their testimony and so on. Second, s. 142(2) appears to me to be conclusive that evidence may (not must) be taken in the *in camera* hearing. That provision, if I may repeat its relevant portion, speaks of "the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph 1(*b*)". In my opinion, the judge or magistrate conducting the *in camera* hearing may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. It is more likely that a decision not to hear any evidence would result in a holding adverse to the accused but this need not be invariably so. However, he may be persuaded by the representations made, or even without them, that evidence should be taken so that he can assess its weight to determine whether "[he] is satisfied ... that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant".

If evidence is taken at the *in camera* hearing, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(*b*), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called at the *in camera* proceedings. I agree, in respect of the compellability of the complainant, with the determination to this effect by the Alberta Appellate Division in *R. v. Moulton, supra*. There may be some reason or reasons why a proposed witness, be the witness the complainant or some other person, will not be heard by the presiding judge or magistrate who decides to take evidence. The presiding judge or magistrate may regard proposed evidence

ral portant que l'al. *b*) ne prévoit que des plaidoiries ou des observations orales des avocats. Il y a deux raisons principales au rejet de cette prétention. D'abord, l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, et je ne peux voir comment il peut y parvenir sans se faire une opinion des témoins cités à comparaître, opinion qui tiendra compte de leur attitude, de leur connaissance des événements sur lesquels ils sont interrogés, de la cohérence de leur témoignage, etc. Deuxièmement, le par. 142(2) établit selon moi de façon incontestable que des témoignages peuvent (non doivent) être recueillis à l'audition à huis clos. Cette disposition, si je peux citer de nouveau sa partie pertinente, parle de «la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)*b*)». A mon avis, le juge ou le magistrat qui préside l'audition à huis clos peut décider, après avoir entendu les plaidoiries ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. Il est plus probable qu'une décision de ne pas entendre de témoignages entraîne une conclusion défavorable à l'accusé, sans que ce soit nécessairement toujours le cas. Cependant, il peut être convaincu par les observations faites, ou même sans elles, qu'il lui faut entendre des témoignages pour être en mesure d'en évaluer le poids afin de décider si «[il] est convaincu ... que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante».

Si des témoignages sont recueillis à l'audition à huis clos, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)*b*), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée à l'audition à huis clos. Sur la question de savoir si la plaignante est contraignable, je suis d'accord avec l'arrêt en ce sens de la Division d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Moulton*, précitée. Il peut y avoir une ou plusieurs raisons justifiant que le juge ou le magistrat présidant, qui décide de recueillir des témoignages, n'entende pas un témoin proposé, qu'il s'agisse de la plaignante ou d'autres personnes. Il peut considérer que le

as too remote or he may conclude that its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Again, he may be of the view that an intended witness should not be called if his evidence will involve the court in speculating on its relevance.

However, it seems to me that it will be a rare case where an accused will be denied the right to call a witness once evidence is to be taken. I say this because the presiding judge or magistrate will have already passed on the adequacy of the notice and the particulars and, hence, on the range of the questions to be asked. The presiding judge or magistrate, concerned with the weight of evidence, will be better able to exercise his judgment about a witness after hearing his evidence rather than by not hearing him at all. Of course, the presiding judge or magistrate may have to make rulings during the course of the evidence as to the propriety of questions and as to admissibility of testimony sought to be offered and, even if he be wrong in any such ruling, it would not give rise to a successful challenge on *certiorari*.

In the present case, Judge McMahon refused to allow counsel for the accused to examine the complainant at an *in camera* hearing pursuant to s. 142(1)(*b*). The ground of refusal appeared to be that a preliminary hearing was concerned only with whether the Crown had made out a sufficient case to warrant committal for trial and Judge McMahon did not think that any assistance in that respect would be provided by compelling the complainant to testify at an *in camera* hearing. He indicated to counsel that the matter could be raised, apparently more properly, at the ensuing trial. Hollingworth J. held, following *R. v. Morris, supra*, that the complainant was a compellable witness at an *in camera* hearing, provided that a proper foundation was laid for the reception of her evidence. In his opinion, there was no such foundation and this was sufficient to dismiss the application to quash the committal for trial. Hollingworth J. noted that s. 142 gave the presiding judge or magistrate considerable power to control the course of proceedings, having regard, particularly, to the remedial purpose of the section.

témoignage proposé est trop indirect ou il peut conclure que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. De même, il peut être d'avis qu'un témoin proposé ne devrait pas comparaître si son témoignage risque d'amener la cour à spéculer sur sa pertinence.

Cependant, il me semble qu'un accusé ne sera que rarement privé du droit de citer un témoin une fois que l'on a décidé de recueillir des témoignages. Je dis cela parce que le juge ou le magistrat présidant aura déjà statué sur le caractère adéquat de l'avis et de l'exposé et, par conséquent, sur l'éventail des questions devant être posées. Le juge ou le magistrat présidant, devant déterminer le poids de la preuve, sera plus en mesure d'exercer son jugement à l'égard d'un témoin après avoir entendu son témoignage que s'il ne l'entend pas du tout. Évidemment, le juge ou le magistrat présidant peut avoir à rendre des décisions pendant le témoignage sur l'à-propos de questions et sur l'admissibilité du témoignage proposé et, même s'il fait une erreur à cet égard, elle ne pourra faire l'objet d'une contestation valable par *certiorari*.

En l'espèce, le juge McMahon a refusé à l'avocat de l'accusé la permission d'interroger la plaignante lors d'une audition à huis clos tenue conformément à l'al. 142(1)*b*). Le motif du refus est apparemment qu'une enquête préliminaire ne vise qu'à établir si le ministère public a une preuve suffisante pour justifier un renvoi à procès et le juge McMahon n'a pas estimé qu'obliger la plaignante à témoigner à une audition à huis clos serait utile à cet égard. Il a dit à l'avocat que la question pourrait être soulevée, sans doute de façon plus appropriée, au procès qui suivrait. Le juge Hollingworth a décidé, conformément à l'arrêt *R. v. Morris*, précité, que la plaignante était un témoin contraignable à une audition à huis clos, à condition que l'on ait établi un fondement qui justifie son témoignage. Selon lui, ce fondement n'existait pas et cela suffisait pour rejeter la requête en cassation du renvoi à procès. Le juge Hollingworth a noté que l'art. 142 donne au juge ou au magistrat présidant un pouvoir considérable sur le mode de déroulement des procédures, compte tenu, notamment, du but correctif de l'article.

Although there appears to be some contradiction in the reasons of Hollingworth J. between his assertion that the notice under s. 142(1)(*a*) was accepted by Judge McMahon as adequate (a point to which I adverted earlier in these reasons) and his assertion made immediately following in his reasons that no proper basis had been laid for the examination of the complainant at an *in camera* hearing, the reconciliation of those views lies in an earlier passage of Judge Hollingworth's reasons. There he said that it would only be in exceptional cases that a complainant could be called first (as was requested here), so that, presumably, if there are other witnesses (there were no others who could be called in *R. v. MacIntyre, supra*, where the complainant was held to be compellable), one or more of them should be called first to establish a foundation for the examination of the complainant.

Although I do not think that this should be a rigid rule, I would not regard its application in this case as amounting to a denial of natural justice or as impeding an accused's right to make full answer and defence. There is a discretion in a judge or magistrate holding an *in camera* hearing during a preliminary inquiry as to the order in which witnesses may be called.

Another issue raised before Judge McMahon concerned a request of accused's counsel to cross-examine a police sergeant on the notes he made during an interview with the complainant. Counsel for the accused had seen the notes but his request to cross-examine on them was refused. I agree with Judge Hollingworth that this ruling, even if wrong, did not support reviewability on *certiorari* and, indeed, this Court did not call upon Crown counsel to deal with the matter. The main issue before Judge Hollingworth and before this Court concerned the effect of the refusal of Judge McMahon to allow the complainant to be examined in an *in camera* hearing.

It follows, in my opinion, that the Courts below were right in refusing to quash the committal for trial.

Bien qu'une certaine contradiction ressorte des motifs du juge Hollingworth qui affirme que le juge McMahon a reconnu le caractère suffisant de l'avis donné conformément à l'al. 142(1)*a*) (un point que j'ai traité plus tôt) et, tout de suite après, que l'on n'a pas établi de fondement qui justifie l'interrogatoire de la plaignante lors d'une audition à huis clos, ces deux opinions sont conciliées dans un passage antérieur de ses motifs. Il y dit que seulement dans des cas exceptionnels, une plaignante pourra être la première personne citée comme témoin (comme on le demandait en l'espèce), de sorte que présumément, s'il y a d'autres témoins (il n'y en avait aucun autre à citer dans l'affaire *R. v. MacIntyre*, précitée, où l'on a décidé que la plaignante était contraignable), un ou plusieurs d'entre eux devront être entendus d'abord pour donner un fondement à l'interrogatoire de la plaignante.

Bien que je ne sois pas d'avis qu'il doive s'agir là d'une règle rigide, je ne considère pas que son application en l'espèce constitue un déni de justice naturelle ou une atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le juge ou le magistrat jouit d'un pouvoir discrétionnaire sur l'ordre dans lequel les témoins peuvent être cités lors d'une audition à huis clos tenue pendant une enquête préliminaire.

Une autre question soulevée devant le juge McMahon porte sur une requête de l'avocat de l'accusé pour contre-interroger un sergent de police sur les notes qu'il avait prises pendant une entrevue avec la plaignante. L'avocat de l'accusé avait vu les notes, mais sa requête de contre-interrogatoire à leur égard a été refusée. Je suis d'accord avec le juge Hollingworth que cette décision, même si elle est erronée, ne justifie pas une révision par voie de *certiorari* et, d'ailleurs, cette Cour n'a pas demandé au substitut du procureur général de plaider sur ce point. La question principale soumise au juge Hollingworth et à cette Cour porte sur l'effet du refus par le juge McMahon de permettre que la plaignante soit interrogée lors d'une audition à huis clos.

Il s'ensuit, à mon avis, que les cours d'instance inférieure ont eu raison de refuser de casser le renvoi à procès.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

British Pacific Properties Ltd. (*Respondent*) *Appellant*;

and

The Minister of Highways and Public Works (*Petitioner*) *Respondent.*

1980: June 12; 1980: June 27.

Present: Laskin C.J. and Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Interest — Expropriation — Whether interest awarded by arbitrators subject to s. 3 of Interest Act — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 3 — Highway Act, R.S.B.C. 1960, c. 172, s. 16 — Department of Highways Act, R.S.B.C. 1960, c. 103 — Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, c. 14 — Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, c. 51, s. 113 — B.N.A. Act, s. 92(3).

The appellant is an expropriated owner whose land was taken for highway purposes by the respondent. As agreement on compensation was not reached, an arbitration was invoked, as provided by s. 16(2) of the *Highway Act*. The arbitrators fixed the compensation and awarded interest in an amount "equal to the prevailing rates for 90 day finance company paper". The result of that formula was the compounding of the interest over successive 90-day periods. The respondent contended that s. 3 of the *Interest Act* applied to fix the rate of interest at five per cent and that the interest could not be compounded. On a petition to remit the award for amendment, the Supreme Court of British Columbia held that s. 3 of the *Interest Act* applied to limit the rate of interest to five per cent but that it should be compounded at 90-day intervals. The Court of Appeal, by a majority, affirmed the application of the *Interest Act* but varied the judgment below by directing that simple interest only be paid.

Held: The appeal should be allowed.

Under s. 3 of the *Interest Act*, "whenever any interest is payable by the agreement of parties or by law, and no rate is fixed by such agreement or by law, the rate of interest shall be five per cent per annum". As there is no agreement in this case, the application of the Act depends upon the concurrence of two factors, namely, that interest be payable by law and that no rate of interest is fixed by law. In the present case, it was conceded that interest was payable by law. With respect to the issue of whether the rate of interest is here fixed

British Pacific Properties Ltd. (*Intimée*) *Appelante*;

et

The Minister of Highways and Public Works (*Requérant*) *Intimé.*

1980: 12 juin; 1980: 27 juin.

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

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

Intérêts — Expropriation — Application de l'art. 3 de la Loi sur l'intérêt à l'intérêt alloué par des arbitres — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 3 — Highway Act, R.S.B.C. 1960, chap. 172, art. 16 — Department of Highways Act, R.S.B.C., chap. 103 — Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, chap. 14 — Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, chap. 51, art. 113 — A.A.N.B., art. 92(3).

L'appelante était propriétaire d'un terrain qui a été exproprié pour les besoins de la voirie par l'intimé. A défaut d'un accord sur l'indemnité, on a eu recours à l'arbitrage conformément au par. 16(2) de la *Highway Act*. Les arbitres ont fixé le montant de l'indemnité et ont alloué un intérêt «égal aux taux en vigueur dans les compagnies de prêt pour une période de 90 jours». La formule adoptée a résulté en un intérêt composé calculé tous les 90 jours. L'intimé a soutenu que l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* s'applique pour fixer le taux de l'intérêt à cinq pour cent et que l'intérêt ne pouvait être composé. Sur requête visant à faire modifier l'indemnité, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* limitait le taux de l'intérêt à cinq pour cent, mais que l'intérêt devait être composé tous les 90 jours. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé l'application de la *Loi sur l'intérêt*, mais a modifié le jugement de première instance en ordonnant que soit uniquement versé un intérêt simple.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En vertu de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, «chaque fois que de l'intérêt est exigible par convention entre les parties ou en vertu de la loi, et qu'il n'est pas fixé de taux en vertu de cette convention ni par la loi, le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an». Comme il n'y a pas de convention dans cette affaire, l'application de la loi est subordonnée à la présence de deux facteurs, savoir que l'intérêt soit exigible en vertu de la loi et qu'aucun taux d'intérêt ne soit fixé par la loi. En l'espèce, il est admis que l'intérêt est exigible en vertu de

by law, the words "fixed by law" should be given a liberal construction so as to embrace the establishment of a rate of interest by virtue of a statute or under its provisions when the resulting rate is a binding one upon those affected by it, whether the award be made by a trial judge acting under statutory authority or by arbitrators in fixing compensation for expropriated land pursuant to statutory authority. Whether a statute under which interest is payable itself prescribes the rate or remits the award and the rate to a judge or to an adjudicator or adjudicative agency or provides a rate formula, the rate arises under law and is, accordingly, fixed by law. Section 3 of the *Interest Act* does not, therefore, apply to the present case and there is no error in principle in an award that prescribes compound interest.

The King v. MacKay, [1930] S.C.R. 130; *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85; *Prince Albert Pulp Co. v. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 200; *Saskatoon v. Smith-Roles Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1121; *Inglewood Pulp and Paper Co. Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1928] A.C. 492; *Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*, [1949] A.C. 110; *Attorney-General of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974; *Lethbridge Northern Irrigation District Trustees v. I.O.F. and the Attorney-General of Canada*; *The King v. I.O.F. and the Attorney-General of Canada*, [1940] A.C. 513, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], varying a judgment of the Supreme Court of British Columbia. Appeal allowed.

I. G. Nathanson and *J. J. L. Hunter*, for the appellant.

W. O'Malley Forbes and *T. S. Robbins*, for the respondent.

T. B. Smith, Q.C., and *David Sgayias*, for the intervenant the Attorney General of Canada.

[1] [1980] 2 W.W.R. 525.

la loi. A l'égard de la question de savoir si le taux d'intérêt est fixé par la loi, l'expression «fixé par la loi» devrait avoir une interprétation libérale de manière à englober la fixation d'un taux d'intérêt en vertu d'une loi ou conforme à ses dispositions lorsque le taux qui en découle lie toutes les parties en cause. Peu importe que l'indemnité soit fixée par le juge de première instance en vertu d'un pouvoir prévu par la loi ou par des arbitres qui fixent une indemnité d'expropriation conformément à un pouvoir prévu par la loi. Qu'un intérêt soit versé en vertu d'une loi qui prévoit elle-même le taux ou qui renvoie la détermination de l'indemnité et du taux à un juge, à un arbitre ou à un conseil d'arbitrage ou qui fournit une méthode de calcul du taux, il reste que le taux découle de la loi et est par conséquent fixé par la loi. L'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique pas en l'espèce à cette affaire-ci et il n'y a pas d'erreur de principe dans la décision d'accorder un intérêt composé.

Jurisprudence: *Le Roi c. MacKay*, [1930] R.C.S. 130; *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.* (1973), 4 L.C.R. 85; *Prince Albert Pulp Co. c. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 200; *Saskatoon c. Smith-Roles Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 1121; *Inglewood Pulp and Paper Co. Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission*, [1928] A.C. 492; *Procureur général de la Saskatchewan c. Procureur général du Canada*, [1949] A.C. 110; *Procureur général de l'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974; *Lethbridge Northern Irrigation District Trustees c. I.O.F. et le Procureur général du Canada*; *Le Roi c. I.O.F. et le Procureur général du Canada*, [1940] A.C. 513.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a modifié un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi accueilli.

I. G. Nathanson et *J. J. L. Hunter*, pour l'appelante.

W. O'Malley Forbes et *T. S. Robbins*, pour l'intimé.

T. B. Smith, c.r., et *David Sgayias*, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

[1] [1980] 2 W.W.R. 525.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant is an expropriated owner whose land was taken for highway purposes under the *Highway Act*, R.S.B.C. 1960, c. 172, and the *Department of Highways Act*, R.S.B.C. 1960, c. 103. Section 16 of the former Act provides for payment of compensation, in the following terms:

16(1). Compensation shall be paid in respect of lands entered upon and taken possession of under this Part for the following matters only:—

(*a*) Improvements on the lands so taken, that is to say, everything constructed on or annexed to the soil by the hand of man, . . .

(*b*) Lands which were originally granted to some person by the Crown, . . .

(2) If the amount of compensation payable in any case under subsection (1) is not agreed upon, the amount may be appraised and awarded by arbitration, and for that purpose the provisions of the *Department of Highways Act* relating to arbitration shall, mutatis mutandis, apply.

Agreement on compensation was not reached and arbitration was invoked, as provided by s. 16(2), *supra*. The arbitrators fixed the compensation and also awarded interest in an amount "equal to the prevailing rates for 90 day finance company paper". It was conceded that the date of entry coincided with the date of taking and interest would, consequently, be payable from that date to the date on which the compensation was paid. The result of the arbitrators' interest formula was the compounding of the interest over successive 90-day periods.

The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether s. 3 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, applies to fix the rate of interest at five per cent. If so, it would follow that the interest would not be automatically compounded. There was, however, a separate challenge in any event to the compounding of interest. Section 3 of the *Interest Act* reads as follows:

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appelante était propriétaire d'un terrain qui a été exproprié pour les besoins de la voirie conformément à la *Highway Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 172, et à la *Department of Highways Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 103. L'article 16 de l'ancienne loi prévoit le versement d'une indemnité dans les termes suivants:

[TRADUCTION] 16(1). Une indemnité doit être payée à l'égard de l'expropriation de biens-fonds et de leur prise de possession en vertu de la présente partie, aux seules fins suivantes:

a) l'amélioration des biens-fonds ainsi expropriés, c'est-à-dire toute construction ou annexion au sol effectuée par la main de l'homme;

b) les biens-fonds concédés à l'origine par la Couronne à une personne . . .

(2) Si le montant de l'indemnité exigible en vertu du paragraphe (1) ne peut faire l'objet d'un accord, il pourra être évalué et alloué par arbitrage; à ces fins, les dispositions de la Loi sur le ministère de la Voirie concernant l'arbitrage s'appliquent mutatis mutandis.

A défaut d'un accord sur l'indemnité, on a eu recours à l'arbitrage conformément au par. 16(2) précité. Les arbitres ont fixé le montant de l'indemnité et ont également alloué un intérêt [TRADUCTION] «égal aux taux en vigueur dans les compagnies de prêt pour une période de 90 jours». Les parties ont admis que la date d'expropriation coïncidait avec la date de prise de possession du terrain et que, partant, l'intérêt courait de cette date jusqu'à celle du versement de l'indemnité. La formule adoptée par les arbitres relativement à l'intérêt a eu pour résultat d'en faire un intérêt composé calculé tous les 90 jours.

La question soulevée dans ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, est de savoir si l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, s'applique pour fixer le taux de l'intérêt à cinq pour cent. Dans l'affirmative, l'intérêt ne serait pas automatiquement composé. De toute façon, la question de l'intérêt composé fait l'objet d'une contestation distincte. L'article 3 de la *Loi sur l'intérêt* se lit comme suit:

3. Except as to liabilities existing immediately before the 7th day of July 1900, whenever any interest is payable by the agreement of parties or by law, and no rate is fixed by such agreement or by law, the rate of interest shall be five per cent per annum.

On a petition under the *Arbitration Act*, R.S.B.C. 1960, c. 14, to remit the award for amendment, Macdonald J. held that s. 3 of the *Interest Act* applied to limit the rate of interest to five per cent but that it should be compounded at 90-day intervals. On appeal to the British Columbia Court of Appeal, a majority of that Court (Taggart and Craig JJ.A.) affirmed the application of the *Interest Act* but varied the judgment below by directing that simple interest only be paid. Nemetz C.J.B.C., dissenting, rejected the application of the *Interest Act* and would have restored the award of the arbitrators.

The application of the *Interest Act* to this case depends upon the concurrence of two factors, namely, that interest be payable by law and that no rate of interest is fixed by law. Although counsel for the appellant, as an alternative submission, suggested that interest was payable here by the "deemed" agreement of the parties (that is, to go to arbitration) and that a rate of interest was also so fixed so as to exclude s. 3 of the *Interest Act*, this is not a tenable proposition when arbitration is statutorily prescribed. It is unacceptable fiction, despite what was said by Anglin C.J.C. in *The King v. MacKay*[2], at p. 132.

Counsel for the respondent conceded that interest in this case was payable by law, within the meaning of s. 3 of the *Interest Act*, accepting in this respect the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.*[3], at p. 86, where Farris C.J.B.C. said:

[2] [1930] S.C.R. 130.
[3] (1973), 4 L.C.R. 85.

3. Sauf à l'égard des obligations qui existaient immédiatement avant le 7 juillet 1900, chaque fois que de l'intérêt est exigible par convention entre les parties ou en vertu de la loi, et qu'il n'est pas fixé de taux en vertu de cette convention ni par la loi, le taux de l'intérêt est de cinq pour cent par an.

Sur requête présentée conformément à l'*Arbitration Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 14, visant à faire modifier l'indemnité, le juge Macdonald a conclu que l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* limitait le taux de l'intérêt à cinq pour cent, mais que l'intérêt devait être composé tous les 90 jours. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, tout en confirmant à la majorité (les juges Taggart et Craig) l'application de la *Loi sur l'intérêt*, a modifié le jugement de première instance en ordonnant que soit uniquement versé un intérêt simple. Le juge en chef Nemetz qui a rejeté dans sa dissidence l'application de la *Loi sur l'intérêt*, était d'avis de rétablir la décision des arbitres.

L'application de la *Loi sur l'intérêt* à cette affaire est subordonnée à la présence de deux facteurs, savoir, que l'intérêt soit exigible en vertu de la loi et qu'aucun taux d'intérêt ne soit fixé par la loi. Bien que dans une allégation subsidiaire, l'avocat de l'appelante fasse valoir qu'en l'espèce, l'intérêt était exigible aux termes de la «prétendue» convention entre les parties (c'est-à-dire celle d'aller en arbitrage) et qu'un taux d'intérêt y a aussi été fixé de sorte que l'application de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* est exclue, c'est un argument insoutenable lorsque l'arbitrage est imposé par un texte de loi. C'est une fiction inacceptable malgré les propos du juge en chef Anglin dans *Le Roi c. MacKay*[2], à la p. 132.

L'avocat de l'intimé a reconnu que l'intérêt en cause était exigible en vertu de la loi, au sens de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*. Il s'est rallié à cet égard à l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Minister of Highways for British Columbia v. Richland Estates Ltd.*[3], à la p. 86 où le juge en chef Farris dit:

[2] [1930] R.C.S. 130.
[3] (1973), 4 L.C.R. 85.

It will be noted that what is to be determined is not simply the value of the land taken, but compensation. I interpret the word "compensation" in the context of this statute to mean that the owner is to be made "economically whole". ... There is nothing in s. 16 which restricts the elements which are to be considered in determining the compensation for lands taken. ... This being so, recognition must be given to all the elements of compensation that will ensure that the owner is made economically whole. Interest is one of those elements.

There the Court upheld an arbitrator's award of interest at seven per cent but the application of the *Interest Act* was not put in issue. Respondent's counsel took, however, a strong position that here there was no rate of interest fixed by law, although it could be said that the rate prescribed by the arbitrators was lawfully fixed. What counsel submitted was that there had to be a statutory prescription of a rate to exclude s. 3 of the *Interest Act* or, at least, a statutory formula under which a rate could be established.

The result of the submissions of the parties is that the respondent sees himself as fully within the terms of s. 3 of the *Interest Act* and that the appellant sees itself as half way in and half way out so as to exclude its application. What the appellant contends is that if (as the respondent conceded) interest is payable by law (whether it be by common law or by construction of s. 16 of the *Highway Act*), it must also follow that the rate is fixed by law when it is established in an arbitration award under a statutory regime. Reliance was placed by the appellant on the following statement of Martland J., speaking for this Court, in *Prince Albert Pulp Co. v. Foundation Company of Canada Ltd.*[4], at p. 211:

It would appear to me that s. 3 is intended to apply where parties to an agreement have stipulated for the payment of interest, but no rate has been provided for, or where by law it is directed that interest be paid, but no rate has been set. The *Toronto Railway* case, [1906] A.C. 117, decided that a Court may allow interest where payment of a just debt has been improperly withheld, and it is fair and equitable that the debtor should make compensation by payment of interest, "at such rate as

[4] [1977] 1 S.C.R. 200.

[TRADUCTION] Il convient de noter que ce que l'on cherche à déterminer n'est pas simplement la valeur du bien-fonds exproprié mais l'indemnité. A mon avis, le terme «indemnité» pris dans le contexte de cette loi signifie que le propriétaire doit conserver «son intégrité économique» ... Rien à l'art. 16 ne restreint les éléments qui doivent entrer en ligne de compte pour fixer l'indemnité à l'égard de biens-fonds expropriés ... Cela dit, il faut tenir compte de tous les éléments de l'indemnité qui garantiront au propriétaire son intégrité économique. L'intérêt est l'un de ces éléments.

La cour a alors confirmé l'intérêt au taux de sept pour cent fixé par un arbitre; il convient toutefois de souligner que l'application de la *Loi sur l'intérêt* n'a pas été soulevée. L'avocat de l'intimé allègue, en termes non équivoques, qu'en l'espèce, la loi n'a pas fixé le taux de l'intérêt, même si l'on peut dire que le taux prescrit par les arbitres a été fixé conformément à la loi. Plus précisément, l'avocat fait valoir que, pour exclure l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, il doit exister une disposition de la loi qui fixe un taux ou, à tout le moins, une formule prévue dans la loi qui permet de l'établir.

Il résulte des prétentions des parties que l'intimé estime satisfaire pleinement aux conditions de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* et que l'appelante estime n'y satisfaire qu'à moitié, de sorte que l'application de cet article est exclue. Comme le fait valoir l'appelante, si (comme l'a admis l'intimé) l'intérêt est exigible en vertu de la loi (que ce soit l'effet de la *common law* ou de l'interprétation de l'art. 16 de la *Highway Act*), alors on doit nécessairement conclure que le taux est fixé par la loi lorsqu'il résulte d'un arbitrage prévu dans une loi. L'appelante se fonde sur l'extrait suivant des motifs du juge Martland qui parlait au nom de cette Cour dans *Prince Albert Pulp Co. c. Foundation Company of Canada Ltd.*[4], à la p. 211:

L'article 3 me paraît s'appliquer lorsque les parties à une convention ont convenu du versement d'un intérêt sans en fixer le taux, ou lorsque la loi porte qu'un intérêt sera versé sans préciser le taux. Dans l'arrêt *Toronto Railway*, [1906] A.C. 117, on a statué qu'une cour peut accorder un intérêt lorsque le paiement d'une juste dette a été indûment retenu et qu'il est juste et équitable que le débiteur dédommage le créancier en lui versant un intérêt [TRADUCTION] «à un taux qu'elle (la Cour) juge

[4] [1977] 1 R.C.S. 200.

the Court may think right". Where a Court, in its judgment, has awarded interest on this principle, the rate which it fixes is payable by law and the rate is fixed by law. In such a case the section would not be applicable.

It was urged by counsel for the respondent and, indeed, it was the conclusion of Taggart J.A. in his reasons, that this Court in *City of Saskatoon v. Smith-Roles Ltd.*[5] had, in an expropriation case, held that s. 3 of the *Interest Act* applied to limit the rate of interest to five per cent. The Court had affirmed the award of compensation which had established the rate of interest at five per cent, Estey J. dissenting. As a member of the Court in the *Smith-Roles* case, I can say (and I am supported in this by my brother Estey) that the issue of the *Interest Act* was neither raised nor argued, nor was the Court's affirmation of the five per cent rate of interest made with any implicit recognition of the application of that Act. The Saskatchewan Court of Appeal did decide that s. 3 of the *Interest Act* applied in that, although interest was payable by law, no rate was fixed by law and an arbitrator could not establish a higher rate than five per cent. However, Taggart J.A. in the present case overstated the position of this Court in the *Smith-Roles* case when he attributed to it a recognition of the application of s. 3 of the *Interest Act* so as to make the rate of interest a rate of five per cent.

I do not accept the position taken by the Saskatchewan Court of Appeal in the *Smith-Roles* case. In my view, the principle expressed by Martland J. in the *Prince Albert Pulp Co.* case, although it was not an expropriation case, is adaptable to the present case. In expressing the principle, Martland J. referred to *Toronto Railway Co. v. Toronto, supra*, where the Privy Council considered whether interest should be allowed to a creditor from whom payment of a just debt was withheld. The issue arose under s. 113 of the Ontario *Judicature Act*, R.S.O. 1897, c. 51, which was in the following terms:

[5] [1978] 2 S.C.R. 1121.

convenable». Lorsque par jugement, une cour accorde un intérêt conformément à ce principe, le taux qu'elle impose se trouve fixé par la loi et c'est celle-ci qui le fixe. Dans ce cas, l'article en question ne s'applique pas.

L'avocat de l'intimé fait valoir, comme, de fait, le conclut le juge Taggart dans ses motifs, que cette Cour, dans l'arrêt *La ville de Saskatoon c. Smith-Roles Ltd.*[5], une affaire d'expropriation, a décidé que l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* s'applique pour limiter le taux de l'intérêt à cinq pour cent. La Cour a confirmé, le juge Estey étant dissident, une indemnité assortie d'un taux d'intérêt de cinq pour cent. Ayant siégé lors de l'affaire *Smith-Roles*, je peux dire (et j'ai en cela l'appui de mon collègue le juge Estey) que la question de la *Loi sur l'intérêt* n'a été ni soulevée ni plaidée et que la confirmation par la Cour du taux d'intérêt de cinq pour cent ne constituait pas une reconnaissance implicite de l'application de cette loi. La Cour d'appel de la Saskatchewan avait de fait conclu à l'application de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* pour le motif que, même si l'intérêt était exigible en vertu de la loi, aucun taux n'avait été fixé par la loi et un arbitre ne pouvait établir un taux supérieur à cinq pour cent. Le juge Taggart toutefois a exagéré la position de cette Cour dans l'arrêt *Smith-Roles* lorsqu'il lui a attribué une reconnaissance de l'application de l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* de manière à rendre applicable le taux de cinq pour cent.

Je rejette la position adoptée par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Smith-Roles*. A mon avis, le principe formulé par le juge Martland dans *Prince Albert Pulp Co.* s'applique en l'espèce, bien qu'il ne s'agisse pas là d'une affaire d'expropriation. En énonçant ce principe, le juge Martland s'est reporté à l'arrêt *Toronto Railway Co. c. Toronto*, précité, où le Conseil privé a étudié la question de savoir si un intérêt devait être accordé à un créancier à l'égard duquel le paiement d'une juste dette était retenu. La question découle de l'interprétation de l'art. 113 de *The Judicature Act* de l'Ontario, R.S.O. 1897, chap. 51:

[5] [1978] 2 R.C.S. 1121.

Interest shall be payable in all cases in which it is now payable by law or in which it has been usual for a jury to allow it.

The Privy Council noted that a practice had developed in Ontario of entitlement to interest under the foregoing provision where payment of a just debt had been improperly withheld and it appeared fair and equitable that the party in default should make compensation by payment of interest. It was then incumbent on the Court to allow interest for such time and at such rate as the Court thought right. Although the Master in Ordinary had allowed interest at six per cent, the rate was reduced to four per cent by the Court of Appeal.

The fact that there may be a discretion to award or not to award interest does not alter my view that, where the discretion is exercised affirmatively by a judge under statutory authority, and a rate is fixed by him, the result is to exclude s. 3 of the *Interest Act*, if otherwise applicable. It seems to me that any discretion in expropriation cases would be a very limited one, going more to the rate than to the right, when the recognized principle is that interest is payable to the expropriated owner in lieu of his right to retain possession until he is fully paid (unless there is a clear indication in the expropriation statute that no interest is to be paid): see *Inglewood Pulp and Paper Co. Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission*[6]. It is true that in the *Toronto Railway Co.* case the Privy Council was not concerned with s. 3 of the *Interest Act* but the relevance of the holding in that case to s. 3 was the subject of Martland J.'s observation above-quoted.

I find no reason to distinguish an award of interest at a specified rate made by a trial judge acting under statutory authority and an award of interest at a specified rate made by arbitrators in fixing compensation for expropriated land pursuant to statutory authority. In both cases, the interest is payable by law and the rate is fixed by law, so as to escape the limited rate prescribed by s. 3 of the *Interest Act*. Whether a statute under which

[6] [1928] A.C. 492.

[TRADUCTION] Un intérêt sera payable dans tous les cas où l'autorise actuellement la loi ou dans tous les cas où un jury en accorde habituellement un.

Le Conseil privé a noté l'élaboration d'une pratique en Ontario donnant droit à un intérêt conformément à la disposition susmentionnée lorsque le paiement d'une juste dette est indûment retenu et qu'il apparaît juste et équitable que la partie en défaut dédommage l'autre en lui versant un intérêt. Il revenait alors à la Cour d'accorder un intérêt pour le temps et au taux qu'elle estimait convenable. Bien que le juge ait accordé un intérêt de six pour cent, le taux a été réduit à quatre pour cent par la Cour d'appel.

Le fait que la décision d'allouer un intérêt puisse être discrétionnaire ne change pas mon point de vue. Lorsqu'un juge exerce son pouvoir discrétionnaire de façon positive conformément à la loi et fixe un taux, cela exclut l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, si par ailleurs il est applicable. A mon avis, le pouvoir discrétionnaire en matière d'expropriation est très limité. Il vise plus le taux que le droit, compte tenu du principe reconnu que l'intérêt est payable au propriétaire exproprié en remplacement de son droit de rester en possession jusqu'au paiement du plein montant (sous réserve d'une indication claire dans la loi sur l'expropriation qu'aucun intérêt ne doit être versé): voir *Inglewood Pulp and Paper Co. Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission*[6]. Il est vrai que le Conseil privé dans l'arrêt *Toronto Railway Co.* n'avait pas à étudier l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt*, mais dans le passage précité, le juge Martland a commenté la pertinence de la conclusion relative à l'art. 3 dans cette affaire.

A mon avis, rien ne justifie une distinction entre un intérêt accordé à un taux spécifié par un juge de première instance en vertu d'un pouvoir prévu par la loi et un intérêt accordé à un taux spécifié par des arbitres qui fixent une indemnité d'expropriation conformément à un pouvoir prévu par la loi. Dans les deux cas, l'intérêt est exigible en vertu de la loi et le taux est fixé par la loi, ce qui permet d'échapper au taux limité prescrit par l'art. 3 de la

[6] [1928] A.C. 492.

interest is payable (as, for example, upon an award of compensation or in respect of a debt), itself prescribes the rate or remits the award and the rate to a judge or to an adjudicator or adjudicative agency or provides a rate formula, the rate arises under law and is, accordingly, fixed by law. I would apply a liberal construction to the words "fixed by law" so as to embrace the establishment of a rate of interest by virtue of a statute or under its provisions when the resulting rate is a binding one upon those affected by it. I would regard s. 3 of the *Interest Act* as applicable only when there is no provision made in an applicable statute or in an agreement and no mechanism is provided by which a rate can be fixed.

I agree with Craig J.A. that if s. 3 of the *Interest Act* was applicable so that the rate of interest was five per cent, there could be no compounding because s. 3 fixes that rate as a rate per annum. In the present case, it is my conclusion that s. 3 does not apply and I see no error in principle here in an award that prescribes compound interest. Nemetz C.J.B.C. dealt with this point and I have nothing to add to his approving reasons.

In the result, it becomes unnecessary to deal with the appellant's contention that s. 3 of the *Interest Act* applies only to contractual interest and, in any event, does not apply to questions of interest concerning a provincial government debt. It is enough to say here that s. 3 is not limited to questions of interest arising under federal legislation. Neither the Saskatchewan *Farm Security Act* case, *Attorney-General for Saskatchewan v. Attorney-General for Canada*[7], nor *Attorney-General of Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*[8], support the appellant's contentions. Although there are observations in the majority judgment in *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*[9], which do lend some support to the appellant's contention that s. 3 is limited to contractual

[7] [1949] A.C. 110.
[8] [1963] S.C.R. 570.
[9] [1978] 1 S.C.R. 974.

Loi sur l'intérêt. Qu'un intérêt soit versé (comme par exemple à l'égard d'une indemnité ou d'une dette) en vertu d'une loi qui prévoit elle-même le taux ou qui renvoie la détermination de l'indemnité et du taux à un juge, à un arbitre ou à un conseil d'arbitrage ou qui fournit une méthode de calcul du taux, il reste que le taux découle de la loi et est par conséquent fixé par la loi. J'estime qu'il faut donner une interprétation large à l'expression «fixé par la loi» de manière à englober la fixation d'un taux d'intérêt en vertu de la loi ou conforme à ses dispositions lorsque le taux qui en découle lie toutes les parties en cause. A mon avis, l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique qu'en l'absence de dispositions dans une loi applicable ou dans une convention et qu'aucun mécanisme n'est prévu pour fixer le taux.

Je souscris à l'opinion du juge Craig voulant que si l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* s'appliquait de manière à fixer le taux de l'intérêt à cinq pour cent, il ne pourrait y avoir d'intérêt composé car le taux fixé par l'art. 3 est un taux annuel. En l'espèce, je conclus que l'art. 3 ne s'applique pas et je ne vois pas d'erreur de principe dans la décision d'accorder un intérêt composé. Le juge en chef Nemetz a examiné ce point et je n'ai rien à ajouter aux motifs par lesquels il approuve cette décision.

En définitive, il devient inutile de traiter de la prétention de l'appelante selon laquelle l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* ne s'applique qu'à un intérêt exigible en vertu d'un contrat et jamais, de toute façon, aux questions d'intérêt afférentes à une dette du gouvernement provincial. En l'espèce, il suffit de dire que l'art. 3 ne se limite pas aux questions d'intérêt nées de l'application de lois fédérales. Les prétentions de l'appelante ne peuvent se fonder ni sur l'arrêt relatif à la *Farm Security Act* de la Saskatchewan, *Procureur général de la Saskatchewan c. Procureur général du Canada*[7], ni sur l'arrêt *Procureur général de l'Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*[8] Même si dans l'arrêt *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*[9], certaines remarques de la majorité

[7] [1949] A.C. 110.
[8] [1963] R.C.S. 570.
[9] [1978] 1 R.C.S. 974.

interest, I prefer to leave consideration of them to a case in which they are relevant to its determination. That is not so here. Equally, it is unnecessary in this case to reconsider whether s. 3 of the *Interest Act* or the federal power in relation to interest embraces provincial government obligations, having regard to s. 92(3) of the *British North America Act* which reposes exclusive legislative power in each Province in relation to "the borrowing of money on the sole credit of the Province". At the present time, the judgments of the Privy Council in *Lethbridge Northern Irrigation District Trustees v. I.O.F. and the Attorney-General of Canada*; *The King v. I.O.F. and the Attorney-General of Canada*[10] do not recognize any exception from the federal interest power by virtue of s. 92(3).

I would allow the appeal with costs throughout, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and restore the award of the arbitrators. There will be no costs to or against the intervenant, the Attorney-General of Canada.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Davis & Co., Vancouver.

Solicitors for the respondent: Owen, Bird, Vancouver.

[10] [1940] A.C. 513.

viennent effectivement étayer d'une certaine manière la prétention de l'appelante que l'art. 3 se limite à un intérêt exigible en vertu d'un contrat, je préfère en renvoyer l'analyse à une affaire dont l'issue en dépendra. De même, il est inutile en l'espèce de réexaminer la question de savoir si l'art. 3 de la *Loi sur l'intérêt* ou le pouvoir fédéral en matière d'intérêt vise les obligations du gouvernement provincial compte tenu du par. 92(3) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui confère à chacune des provinces un pouvoir législatif exclusif concernant «les emprunts de deniers sur le seul crédit de la province». Pour l'instant, les arrêts du Conseil privé *Lethbridge Northern Irrigation District Trustees c. I.O.F. et le Procureur général du Canada*; *Le Roi c. I.O.F. et le Procureur général du Canada*[10], n'admettent, par application du par. 92(3), aucune exception au pouvoir fédéral en matière d'intérêt.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir la décision des arbitres. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre l'intervenant, le procureur général du Canada.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Davis & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Owen, Bird, Vancouver.

[10] [1940] A.C. 513.

Northwest Falling Contractors Ltd. *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General of New Brunswick and the Attorney General of Newfoundland *Interveners.*

1979: December 5; 1980: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Fisheries — Whether s. 33(2) of Fisheries Act ultra vires — Deposit of deleterious substance in water frequented by fish — Whether legislation in relation to fisheries or pollution — Whether information multiplicitous — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 2, 33(2), 33(3) and 33(11) — B.N.A. Act, s. 91.12.

The appellant was charged with violating subs. 33(2) of the *Fisheries Act* under which "no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish . . .". Diesel fuel had been delivered to tanks owned by the appellant. The tanks were resting on an old rotten log. The log had broken causing a pipe to break on the bottom of one tank, spilling 3,000 gallons of diesel fuel into the tidal waters at Cooper Reach, Head of Loughborough Inlet. Before any plea had been entered, the appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for an order of prohibition. The order was sought upon three grounds only, two of which were argued before this Court, *i.e.*, that subs. 33(2) was *ultra vires* of Parliament to enact, and that the information was multiplicitous. The application was dismissed and this decision was confirmed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The validity of subs. 33(2) was challenged on the grounds that it is not legislation in relation to "Sea Coast and Inland Fisheries" (*B.N.A. Act*, s. 91.12), but that it is legislation in relation to the pollution of water generally, or is legislation for the protection of all animal life in the water. Federal legislative jurisdiction under s. 91.12 of the *B.N.A. Act* is not a mere authority

Northwest Falling Contractors Ltd. *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général du Nouveau-Brunswick et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants.*

1979: 5 décembre; 1980: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard.

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

Droit constitutionnel — Pêcheries — L'article 33(2) de la Loi sur les pêcheries constitue-t-il un excès de pouvoir? — Dépôt de substance nocive dans des eaux poissonneuses — Disposition législative relative aux pêcheries ou à la pollution — S'agit-il d'une dénonciation multiple? — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 2, 33(2), 33(3) et 33(11) — A.A.N.B., art. 91.12.

L'appelante a été accusée d'avoir violé le par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries* en vertu duquel «il est interdit à qui que ce soit de déposer ou de permettre que l'on dépose une substance nocive dans des eaux poissonneuses . . .». Du gas-oil a été livré à l'appelante et on en a rempli ses réservoirs. Ceux-ci reposaient sur une vieille bille pourrie. En se cassant, cette bille a entraîné la rupture d'un tuyau au fond d'un réservoir. Trois mille gallons de gas-oil se sont répandus dans l'anse de Cooper en amont de l'inlet Loughborough. Avant d'inscrire un plaidoyer, l'appelante a demandé une ordonnance de prohibition à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'appelante a fait valoir trois moyens à l'appui de sa demande dont deux seulement ont fait l'objet d'une argumentation devant cette Cour, savoir, que le par. 33(2) excède les pouvoirs du Parlement et que la dénonciation était multiple. La demande a été rejetée et cette décision confirmée par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La validité du par. 33(2) a été contestée pour les motifs qu'il ne s'agit pas d'une disposition législative relative aux «Pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» (par. 91.12 de l'*A.A.N.B.*), mais d'une disposition qui a trait à la pollution des eaux en général, ou d'une disposition qui vise la protection de toute vie animale marine. La compétence législative fédérale prévue au

to legislate in relation to "fish" in the technical sense of the word. The judgments in this Court and in the Privy Council have construed "fisheries" as meaning something in the nature of a resource and the federal legislative power as being concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource. The power to control and regulate that resource must include the authority to protect all those creatures which form a part of that system. The task of the Court in determining the constitutional validity of subs. 33(2) is to ascertain the true nature and character of the legislation. It is necessary to decide whether the subsection is aimed at the protection and preservation of fisheries or at the prevention of pollution. Basically, that subsection is concerned with the deposit of deleterious substances in water frequented by fish, or in a place where the deleterious substances may enter such water. The definition of a deleterious substance is related to the substance being deleterious to fish. In essence, the subsection seeks to protect fisheries by preventing substances deleterious to fish entering into waters frequented by fish. This is a proper concern of legislation under the heading of "Sea Coast and Inland Fisheries", for the definition of "deleterious substance" ensures that the scope of subs. 33(2), contrary to that of subs. 33(3) which was declared *ultra vires* in *Fowler v. The Queen*, is restricted to a prohibition of deposits that threaten fish, fish habitat or the use of fish by man.

With respect to the ground that the charges contained in the information were multiplicitous, the primary test should be a practical one: is the accused prejudiced in the preparation of his defence by ambiguity in the charge? The fact that there are several counts, each alleging a different mode of commission of an offence, does not make it any more difficult for the accused to know what case he has to meet or to prepare his defence.

R. v. Robertson (1882), 6 S.C.R. 52; *Attorney General for Canada v. Attorney General for Quebec*, [1921] 1 A.C. 413; *Reference as to the Constitutional Validity of Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457; *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *Interprovincial Co-Operatives Limited et al. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *Fowler v. The Queen*, S.C.C. June 17, 1980; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia, dismissing an appeal

par. 91.12 de l'*A.A.N.B.* n'est pas un simple pouvoir fédéral de légiférer sur le «poisson» au sens technique du terme. Cette Cour, de même que le Conseil privé, ont attribué au terme «pêcheries» le sens de quelque chose de la nature d'une ressource et ont considéré le pouvoir législatif fédéral comme visant la protection et la conservation des pêcheries, à titre de ressource publique. Le pouvoir d'administrer et de réglementer cette ressource doit comprendre le pouvoir de protéger tous ces animaux qui en font partie. La Cour doit, en vue de déterminer la constitutionnalité du par. 33(2), établir la nature et le caractère véritables de cette disposition législative. Il est nécessaire de décider si le paragraphe vise la protection et la conservation de pêcheries ou la prévention de la pollution. Ce paragraphe porte essentiellement sur le dépôt de substances nocives dans des eaux poissonneuses ou dans un lieu d'où cette substance nocive peut pénétrer dans ces eaux. Aux termes de la définition, une substance est nocive quand elle l'est pour le poisson. Le paragraphe cherche essentiellement à protéger les pêcheries en empêchant que des substances nocives pour le poisson pénètrent dans des eaux poissonneuses. C'est là un objectif approprié pour une disposition législative qui relève du chef des «Pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur»; la définition de «substance nocive» fait en sorte que la portée du par. 33(2), contrairement à celle du par. 33(3) qui a été déclaré excéder les pouvoirs du Parlement dans *Fowler c. La Reine*, est limitée à une interdiction de déposer des substances nuisibles aux poissons, à leur habitat ou à l'utilisation du poisson par l'homme.

A l'égard de l'allégation que les accusations dans la dénonciation sont multiples, le critère primordial devrait être d'ordre pratique: l'ambiguïté de l'accusation nuit-elle à la préparation de la défense de l'accusé? Il n'est pas plus difficile pour l'accusé de savoir de quoi il est accusé ou de préparer sa défense parce qu'il y a plusieurs chefs d'accusation qui allèguent chacun une manière différente de commettre une infraction.

Jurisprudence: *R. c. Robertson* (1882), 6 R.C.S. 52; *Procureur général du Canada c. Procureur général du Québec*, [1921] 1 A.C. 413; *Renvoi relatif à la constitutionnalité de certains articles de la Loi des pêcheries, 1914*, [1928] R.C.S. 457; *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union* (1972), 24 D.L.R. (3d) 585; *Interprovincial Co-operatives Limited et autre c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *Fowler c. La Reine*, C.S.C. 17 juin 1980; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a rejeté

from a decision of the Supreme Court of British Columbia. Appeal dismissed.

Brian A. Crane, Q.C., for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *H. J. Wruck*, for the respondent.

Alan Reid, for the intervener, the Attorney General of New Brunswick.

James A. Nesbitt, Q.C., for the intervener, the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The main issue which is to be determined in this appeal is as to whether it was within the legislative competence of the Parliament of Canada to enact subs. 33(2) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, as amended.

Subsection (2) is one of a number of provisions appearing in the section which comes under the heading "Injury to Fishing Grounds and Pollution of Waters". The following are the relevant subsections of s. 33:

33. (1) No one shall throw overboard ballast, coal ashes, stones, or other prejudicial or deleterious substances in any river, harbour or roadstead, or in any water where fishing is carried on, or leave or deposit or cause to be thrown, left or deposited, upon the shore, beach or bank of any water or upon the beach between high and low water mark, remains or offal of fish, or of marine animals, or leave decayed or decaying fish in any net or other fishing apparatus; such remains or offal may be buried ashore, above high water mark.

(2) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where such deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of such deleterious substance may enter any such water.

(3) No person engaged 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

un appel interjeté d'une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Pourvoi rejeté.

Brian A. Crane, c.r., pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *H. J. Wruck*, pour l'intimée.

Alan Reid, pour l'intervenant, le procureur général du Nouveau-Brunswick.

James A. Nesbitt, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—La question principale soulevée par ce pourvoi est de savoir s'il était de la compétence du Parlement du Canada d'adopter le par. 33(2) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, et modifications.

Le paragraphe 33(2) est l'une des nombreuses dispositions que l'on trouve sous le titre «Détérioration des pêcheries et pollution des eaux». Les paragraphes pertinents de l'art. 33 se lisent comme suit:

33. (1) Il est interdit de jeter par-dessus bord du lest, des cendres de charbon, des pierres ou d'autres substances nuisibles ou délétères dans une rivière, un port, une rade, ou dans des eaux où se fait la pêche, ou de laisser ou déposer ou faire jeter, laisser ou déposer sur la rive, la grève ou le bord de quelque cours ou nappe d'eau, ou sur la grève entre les marques des hautes et des basses eaux, des restes ou issues de poissons ou d'animaux marins, ou de laisser du poisson gâté ou en putréfaction dans un filet ou autre engin de pêche. Ces restes ou issues de poissons peuvent être enterrés sur la grève, au-delà de la marque des eaux à marée haute.

(2) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit à qui que ce soit de déposer ou de permettre que l'on dépose une substance nocive dans des eaux poissonneuses ou en quelque lieu dans des conditions où cette substance nocive ou une autre substance nocive résultant du dépôt de cette substance pourrait pénétrer dans de telles eaux.

(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

from which it is likely to be carried into either such water.

(4) No person contravenes subsection (2) by depositing or permitting the deposit in any water or place

(*a*) of waste or pollutant of a type, in a quantity and under conditions authorized by regulations applicable to that water or place made by the Governor in Council under any Act other than this Act; or

(*b*) of a deleterious substance of a class, in a quantity or concentration and under conditions authorized by or pursuant to regulations applicable to that water or place or to any work or undertaking or class thereof, made by the Governor in Council under subsection (13).

(5) Any person who contravenes any provision of

(*a*) subsection (1) or (3) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding five thousand dollars for a first offence, and not exceeding ten thousand dollars for each subsequent offence; or

(*b*) subsection (2) is guilty of an offence and liable on summary conviction to a fine not exceeding fifty thousand dollars for a first offence, and not exceeding one hundred thousand dollars for each subsequent offence.

(6) Where an offence under subsection (5) is committed on more than one day or is continued for more than one day, it shall be deemed to be a separate offence for each day on which the offence is committed or continued.

. . .

(11) For the purposes of this section and sections 33.1 and 33.2,

"deleterious substance" means

(*a*) any substance that, if added to any water, would degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water, or

(*b*) any water that contains a substance in such quantity or concentration, or that has been so treated, processed or changed, by heat or other means, from a natural state that it would, if added to any other water, degrade or alter or form part of a process of degradation or alteration of the quality of that water

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.

(4) Par dérogation au paragraphe (2), il est permis d'immerger ou de rejeter en un lieu

a) les déchets ou les substances polluantes désignés par les règlements applicables au lieu et établis par le gouverneur en conseil en vertu d'une autre loi, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales, y fixées soient respectées;

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements applicables au lieu, aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories et établis par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe (13), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, y désignées ou prévues soient respectées.

(5) Toute personne qui contrevient aux dispositions

a) des paragraphes (1) ou (3) est coupable d'une infraction et passible sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende maximale de cinq mille dollars pour une première infraction et de dix mille dollars pour chaque infraction subséquente; ou

b) du paragraphe (2) est coupable d'une infraction et passible sur déclaration sommaire de culpabilité d'une amende maximale de cinquante mille dollars pour une première infraction et de cent mille dollars pour chaque infraction subséquente.

(6) Lorsqu'une infraction prévue au paragraphe (5) se répète à des jours différents ou se continue pendant plus d'une journée, elle est censée constituer une infraction distincte pour chaque jour pendant lequel l'infraction est commise ou se continue.

. . .

(11) Pour l'application du présent article et des articles 33.1 et 33.2,

«substance nocive» désigne

a) toute substance qui, si elle était ajoutée à une eau, dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat ou encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau, ou

b) tout eau qui contient une substance en une quantité ou concentration telle, ou qui, à partir de son état naturel, a été traitée, transformée ou modifiée par la chaleur ou d'autres moyens d'une façon telle que si elle était ajoutée à une autre eau, elle dégraderait ou modifierait ou contribuerait à dégrader ou à modifier

so that it is rendered or is likely to be rendered deleterious to fish or fish habitat or to the use by man of fish that frequent that water,

and without limiting the generality of the foregoing includes

(*c*) any substance or class of substances prescribed pursuant to paragraph (12)(a),

(*d*) any water that contains any substance or class of substances in a quantity or concentration that is equal to or in excess of a quantity or concentration prescribed in respect of that substance or class of substances pursuant to paragraph (12)(b), and

(*e*) any water that has been subjected to a treatment, process or change prescribed pursuant to paragraph (12)(c);

"deposit" means by discharging, spraying, releasing, spilling, leaking, seeping, pouring, emitting, emptying, throwing, dumping or placing;

"water frequented by fish" means Canadian fisheries waters.

(12) The Governor in Council may make regulations prescribing

(*a*) substances and classes of substances,

(*b*) quantities or concentrations of substances and classes of substances in water, and

(*c*) treatments, processes and changes of water

for the purpose of paragraphs (*c*) to (*e*) of the definition "deleterious substance" in subsection (11).

Section 2 of the Act contains the following definitions:

"Canadian fisheries waters" means all waters in the fishing zones of Canada, all waters in the territorial sea of Canada and all internal waters of Canada.

"fish" includes shellfish, crustaceans and marine animals and the eggs, spawn, spat and juvenile stages of fish, shellfish, crustaceans and marine animals.

The information setting out the charges against the appellant is as follows:

The informant says that he has reasonable and probable grounds to believe and does believe that Northwest Falling Contractors Ltd., and Gulf Oil Canada Limited, on or about the 4th day of April, 1978, A.D., in the County of Vancouver, in the Province of British Columbia, did unlawfully deposit a deleterious sub-

la qualité de cette eau de façon à la rendre nocive, ou susceptible de le devenir, pour le poisson ou son habitat encore à rendre nocive l'utilisation par l'homme du poisson qui vit dans cette eau,

et comprend notamment,

c) toute substance ou catégorie de substances prescrites en vertu de l'alinéa (12)a),

d) de l'eau qui contient une substance ou une substance d'une catégorie en quantités ou en concentrations égales ou supérieures aux normes prescrites en vertu de l'alinéa (12)b), et

e) de l'eau traitée, transformée ou modifiée dans les circonstances prévues à l'alinéa (12)c);

«immersion» ou «rejet» désigne le versement, le déversement, l'écoulement, le suintement, l'arrosage, l'épandage, la vaporisation, l'évacuation, l'émission, le vidage, le jet, le basculage ou le dépôt;

«eaux où vivent des poissons» désigne les eaux des pêcheries canadiennes.

(12) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements prescrivant

a) les substances et catégories de substances,

b) les quantités ou concentrations de substances et catégories de substances dans l'eau, et

c) les traitements, transformations et modifications de l'eau

aux fins des alinéas *c*) à *e*) de la définition de «substance nocive» au paragraphe (11).

L'article 2 de la Loi renferme les définitions suivantes:

«eaux des pêcheries canadiennes» désigne toutes les eaux des zones de pêche du Canada, toutes les eaux de la mer territoriale du Canada et toutes les eaux intérieures du Canada.

«poisson» comprend les mollusques, les crustacés et les animaux marins ainsi que leurs œufs, le frai ou le naissain.

La dénonciation qui énonce les accusations portées contre l'appelante se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le dénonciateur affirme avoir des motifs raisonnables et probables de croire et croit effectivement que le 4 avril 1978 ou vers cette date, dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique), Northwest Falling Contractors Ltd. et Gulf Oil Canada Limitée ont illégalement déposé une substance nocive dans

stance into water frequented by fish, to wit: Cooper Reach, Head of Loughborough Inlet.

CONTRARY TO THE FORM OF STATUTE IN SUCH CASE MADE AND PROVIDED.

COUNT 2: The informant says that he has reasonable and probable grounds to believe and does believe that Northwest Falling Contractors Ltd., and Gulf Oil Canada Limited, on or about the 4th day of April, 1978, A.D., in the County of Vancouver, in the Province of British Columbia, did unlawfully permit the deposit of a deleterious substance into water frequented by fish, to wit: Cooper Reach, Head of Loughborough Inlet.

CONTRARY TO THE FORM OF STATUTE IN SUCH CASE MADE AND PROVIDED.

COUNT 3: The informant says that he has reasonable and probable grounds to believe and does believe that Northwest Falling Contractors Ltd., and Gulf Oil Canada Limited, on or about the 4th day of April, 1978, A.D., in the County of Vancouver, in the Province of British Columbia, did unlawfully permit the deposit of a deleterious substance in a place under such conditions where such deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of such deleterious substance may enter water frequented by fish to wit: Cooper Reach, Head of Loughborough Inlet.

CONTRARY TO THE FORM OF STATUTE IN SUCH CASE MADE AND PROVIDED.

Particulars were furnished by the respondent to the appellant in the following form:

At approximately 8:15 on the morning of April 4th, 1978, Captain R. Davis of the F.P.L. Bonilla Rock noticed an oil slick at the Head of Cooper Reach, slick was approximately one mile long. After investigation it was found that on the morning of April 3rd Dennis Stevson, Box 2086, Squamish, barge operator of the Gulf Oil barge, "Gulf Logger" delivered approximately 17,000 gallons of diesel fuel to tanks owned by Northwest Falling Contractors Ltd. There were four tanks resting on an old rotten log. Log broke causing pipe to break on bottom of one tank, spilling 3,000 gallons of diesel fuel into Cooper Reach, Head of Loughborough Inlet.

Before any plea had been entered, the appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for an order of prohibition. The order was sought upon three grounds. Only two of those grounds were argued before this Court, *i.e.*, that the information did not disclose an offence known to the

des eaux poissonneuses, savoir: l'anse de Cooper, en amont de l'inlet Loughborough,

EN CONTRAVENTION DE LA LOI APPLICABLE EN PAREIL CAS.

DEUXIÈME CHEF D'ACCUSATION: Le dénonciateur affirme avoir des motifs raisonnables et probables de croire et croit effectivement que le 4 avril 1978 ou vers cette date, dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique), Northwest Falling Contractors Ltd. et Gulf Oil Canada Limitée ont illégalement permis que soit déposée une substance nocive dans des eaux poissonneuses, savoir: l'anse de Cooper, en amont de l'inlet Loughborough

EN CONTRAVENTION DE LA LOI APPLICABLE EN PAREIL CAS.

TROISIÈME CHEF D'ACCUSATION: Le dénonciateur affirme avoir des motifs raisonnables et probables de croire et croit effectivement que le 4 avril 1978 ou vers cette date, dans le comté de Vancouver (Colombie-Britannique), Northwest Falling Contractors Ltd. et Gulf Oil Canada Limitée ont illégalement permis que soit déposée une substance nocive en un lieu dans des conditions où cette substance nocive ou une autre substance résultant du dépôt de cette substance pourrait pénétrer dans des eaux poissonneuses, savoir: l'anse de Cooper, en amont de l'inlet Loughborough,

EN CONTRAVENTION DE LA LOI APPLICABLE EN PAREIL CAS.

L'intimée a fourni à l'appelante les détails suivants:

[TRADUCTION] Le 4 avril 1978, vers 8h15, le capitaine R. Davis du F.P.L. Bonilla Rock a remarqué une nappe de pétrole en amont de l'anse de Cooper, nappe d'une longueur approximative d'un mille. Après enquête, on a découvert que le 3 avril au matin, Dennis Stevson, C.P. 2086, Squamish, qui était chargé de conduire le chaland «Gulf Logger» propriété de Gulf Oil, a livré environ 17,000 gallons de gas-oil et rempli des réservoirs, propriété de Northwest Falling Contractors Ltd. Ceux-ci, au nombre de quatre, reposaient sur une vieille bille pourrie. En se cassant, cette bille a entraîné la rupture d'un tuyau au fond d'un réservoir. Trois mille gallons de gas-oil se sont ainsi répandus dans l'anse de Cooper en amont de l'inlet Loughborough.

Avant d'inscrire un plaidoyer, l'appelante a demandé une ordonnance de prohibition à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. L'appelante a fait valoir trois moyens à l'appui de sa demande. Deux de ces moyens seulement ont fait l'objet du débat devant cette Cour, savoir, que la dénoncia-

law and, further, that the information was multiplicitous. The appellant also challenged the decision of the Court of Appeal that prohibition was not an available remedy to attack the charge as being defective. The first ground is based on the contention that subs. 33(2) was *ultra vires* of Parliament to enact.

The application for an order of prohibition was dismissed and this decision was confirmed on an appeal to the Court of Appeal of British Columbia. The appellant, with leave, then appealed to this Court.

The appellant attacks the validity of subs. 33(2) on the grounds that it is not legislation in relation to "Sea Coast and Inland Fisheries" (s. 91.12 of *The British North America Act*), but that it is legislation in relation to the pollution of water generally, or is legislation for the protection of all animal life in the water.

I will deal with the second point first. The argument is founded upon the definition of "fish" in s. 2 of the Act. It is said that this definition is too broad. However, federal legislative jurisdiction under s. 91.12 of the *British North America Act* is not a mere authority to legislate in relation to "fish" in the technical sense of the word. The judgments in this Court and in the Privy Council have construed "fisheries" as meaning something in the nature of a resource.

Chief Justice Ritchie, in the first judgment of this Court dealing with s. 91.12, *The Queen v. Robertson*[1], said, at p. 120:

> ... I am of opinion that the legislation in regard to "Inland and Sea Fisheries" contemplated by the *British North America Act* was not in reference to "property and civil rights"—that is to say, not as to the ownership of the beds of the rivers, or of the fisheries, or the rights of individuals therein, but to subjects affecting the fisheries generally, tending to their regulation, protection and preservation, matters of a national and general concern and important to the public such as the forbidding fish to be taken at improper seasons in an improper manner, or with destructive instruments, laws with reference to the improvement and increase of the fisheries;

[1] (1882), 6 S.C.R. 52.

tion ne révélait pas la perpétration d'une infraction connue en droit et qu'elle était multiple. L'appelante conteste également la décision de la Cour d'appel portant que la prohibition n'est pas un recours approprié pour attaquer l'accusation au motif qu'elle est défectueuse. Le premier moyen est fondé sur l'allégation que le par. 33(2) excède les pouvoirs du Parlement.

La demande d'une ordonnance de prohibition a été rejetée. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'appelante, sur autorisation, a alors formé un pourvoi devant cette Cour.

L'appelante attaque la validité du par. 33(2) au motif qu'il ne s'agit pas d'une disposition législative relative aux «Pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur» (par. 91.12 de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*), mais d'une disposition qui a trait à la pollution des eaux en général, ou d'une disposition qui vise la protection de toute vie animale marine.

Je traiterai en premier lieu du second point. L'argument est fondé sur la définition de «poisson» à l'art. 2 de la Loi. On allègue que cette définition est trop large. Toutefois, la compétence législative fédérale prévue au par. 91.12 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* n'est pas un simple pouvoir fédéral de légiférer sur le «poisson» au sens technique du terme. Cette Cour, de même que le Conseil privé, ont attribué au terme «pêcheries» le sens de quelque chose de la nature d'une ressource.

Dans le premier arrêt de cette Cour qui traite du par. 91.12, savoir *La Reine c. Robertson*[1], le juge en chef Ritchie dit à la p. 120:

> [TRADUCTION] ... je suis d'opinion que le pouvoir de légiférer à l'égard des «pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur», envisagé par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'a pas rapport à la «propriété et aux droits civils»—c'est-à-dire la propriété du lit des rivières ou des pêcheries, ou les droits des individus à cet égard mais plutôt aux sujets touchant les pêcheries en général, visant leur réglementation, leur protection et leur conservation, sujets d'intérêt national et général et importants pour le public, comme l'interdiction de prendre du poisson en temps inopportun, d'une façon abusive, ou en employant des accessoires destructifs et les lois en vue de

[1] (1882), 6 R.C.S. 52.

in other words, all such general laws as enure as well to the benefit of the owners of the fisheries as to the public at large, who are interested in the fisheries as a source of national or provincial wealth; in other words, laws in relation to the fisheries, such as those which the local legislatures were, previously to and at the time of confederation in the habit of enacting for their regulation, preservation and protection . . .

Viscount Haldane, in *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Quebec*[2], at p. 428, said:

. . . As this Board said in the British Columbia case in 1914, the object and effect of the provisions of s. 91 were to place the management and protection of the cognate public rights of navigation and fishing in the sea and tidal waters exclusively in the Dominion Parliament and to leave to the Province no right of property or control in them. These rights, as was observed, are rights of the public in general, and in no way special to the inhabitants of the Province.

The meaning of the word "fishery" was considered by Newcombe J. in this Court in *Reference as to the Constitutional Validity of Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*[3], at p. 472:

In Patterson on the Fishery Laws (1863) p. 1, the definition of a fishery is given as follows:

> A fishery is properly defined as the right of catching fish in the sea, or in a particular stream of water; and it is also frequently used to denote the locality where such right is exercised.

In Dr. Murray's New English Dictionary, the leading definition is:

> The business, occupation or industry of catching fish or of taking other products of the sea or rivers from the water.

The above definitions were quoted and followed by Chief Justice Davey in *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union*[4], at pp. 591 and 592. Chief Justice Davey at p. 592 added the words:

[2] [1921] 1 A.C. 413.
[3] [1928] S.C.R. 457.
[4] (1972), 24 D.L.R. (3d) 585.

l'amélioration et de l'augmentation du rendement des pêcheries; en d'autres mots, toutes les lois générales dont le but est aussi bien l'avantage des propriétaires des pêcheries que du public en général qui s'intéresse aux pêcheries à titre de source de richesse pour le pays ou la province; en d'autres mots, les lois relatives aux pêcheries, comme celles que les législatures locales avaient coutume, avant la Confédération, d'adopter pour la réglementation, la conservation et la protection . . .

Dans *Le procureur général du Canada c. Le procureur général du Québec*[2], à la p. 428, le vicomte Haldane tient les propos suivants:

[TRADUCTION] . . . Comme ce conseil l'a affirmé dans l'affaire de la Colombie-Britannique de 1914, l'objet et l'effet des dispositions de l'art. 91 sont de confier exclusivement au Parlement du Dominion l'administration et la protection des droits publics analogues de navigation et de pêche en mer et dans les eaux qui ont des marées, et de ne laisser ainsi à la province ni droit ni pouvoir à cet égard. Ces droits, comme on l'a noté, sont des droits du public en général; ils ne sont aucunement réservés aux habitants de la province.

Le sens du mot «pêcheries» a été étudié par le juge Newcombe de cette Cour dans le *Renvoi relatif à la constitutionnalité de certains articles de la Loi des pêcheries, 1914*[3], à la p. 472:

[TRADUCTION] Dans Patterson on the Fishery Laws (1863), à la p. 1, on trouve la définition suivante du mot «pêcherie»:

> En termes précis, le mot pêcherie désigne le droit de prendre du poisson dans la mer ou dans un cours d'eau particulier. On l'utilise aussi fréquemment pour désigner le lieu où s'exerce un tel droit.

Selon le New English Dictionary de Murray, le premier sens de ce terme est le suivant:

> L'entreprise, l'occupation ou l'industrie qui consiste à prendre du poisson ou d'autres produits de la mer ou de rivières.

Ces définitions ont été citées et suivies par le juge en chef Davey dans l'arrêt *Mark Fishing Co. v. United Fishermen & Allied Workers Union*[4], aux pp. 591 et 592. Le juge en chef Davey ajoute ce qui suit à la p. 592:

[2] [1921] 1 A.C. 413.
[3] [1928] R.C.S. 457.
[4] (1972), 24 D.L.R. (3d) 585.

The point of Patterson's definition is the natural resource, and the right to exploit it, and the place where the resource is found and the right is exercised.

Chief Justice Laskin, in *Interprovincial Co-Operatives Limited et al. v. The Queen*[5], at p. 495, referred to the federal legislative power as being "concerned with the protection and preservation of fisheries as a public resource".

Shellfish, crustaceans and marine animals, which are included in the definition of "fish" by s. 2 of the Act, are all part of the system which constitutes the fisheries resource. The power to control and regulate that resource must include the authority to protect all those creatures which form a part of that system.

The appellant's main argument was that the legislation under attack is really an attempt by Parliament to legislate generally on the subject-matter of pollution and thus to invade the area of provincial legislative power over property and civil rights. He points to the very broad definition of "water frequented by fish" in subs. 33(11) which refers to "Canadian fisheries waters" which, under s. 2, includes "all waters in the territorial sea of Canada and all internal waters of Canada". He also refers to the broad scope of the definition of "deleterious substance". When these definitions are applied to subs. 33(2), it is said that the subsection is really concerned with the pollution of Canadian waters.

The charges laid in this case do not, however, effectively bring into question the validity of the extension of the reach of the subsection to waters that would not, in fact, be fisheries waters "or to substances other than those defined in paragraph (a) of subsection 33(11)". The charges relate to diesel fuel spilled into tidal waters. The task of the Court in determining the constitutional validity of subs. 33(2) is to ascertain the true nature and character of the legislation. It is necessary to decide whether the subsection is aimed at the protection and preservation of fisheries. In my opinion it is.

[5] [1976] 1 S.C.R. 477.

[TRADUCTION] La définition de Patterson insiste sur la ressource naturelle et le droit de l'exploiter, l'endroit où elle se trouve et où le droit est exercé.

Selon le juge en chef Laskin dans *Interprovincial Co-Operatives Limited et autre c. La Reine*[5], à la p. 495, le pouvoir fédéral de légiférer «vise ... la protection et la conservation des pêcheries à titre de richesse pour le public».

Les mollusques, crustacés et animaux marins qui sont énumérés dans la définition de «poisson» à l'art. 2 de la Loi, font tous partie de cette ressource que sont les pêcheries. Le pouvoir d'administrer et de réglementer cette ressource doit comprendre le pouvoir de protéger tous ces animaux qui en font partie.

L'appelante fait essentiellement valoir que par la disposition législative contestée, le Parlement tente en fait de légiférer de façon générale en matière de pollution et empiète ainsi sur le pouvoir provincial de légiférer sur la propriété et les droits civils. Elle souligne la définition très large de l'expression «eaux où vivent des poissons» du par. 33(11), qui fait référence aux «eaux des pêcheries canadiennes», lesquelles aux termes de l'art. 2 comprennent «toutes les eaux de la mer territoriale du Canada et toutes les eaux intérieures du Canada». Elle fait aussi remarquer la portée très large de la définition de «substance nocive». Lorsque l'on applique ces définitions au par. 33(2), on voit selon elle que le paragraphe porte, en fait, sur la pollution des eaux canadiennes.

Les accusations dans la présente affaire ne mettent toutefois pas vraiment en question la validité de l'extension de la portée du paragraphe à des eaux qui ne sont pas, de fait, des eaux de pêcheries «ou à des substances autres que celles définies à l'alinéa 33(11)a)». Les accusations portent sur du gas-oil déversé dans des eaux qui ont des marées. La Cour doit, en vue de déterminer la constitutionnalité du par. 33(2), établir la nature et le caractère véritables de cette disposition législative. Il est nécessaire de décider si le paragraphe vise la protection et la conservation des pêcheries. A mon avis, la réponse est affirmative.

[5] [1976] 1 R.C.S. 477.

Basically, it is concerned with the deposit of deleterious substances in water frequented by fish, or in a place where the deleterious substance may enter such water. The definition of a deleterious substance is related to the substance being deleterious to fish. In essence, the subsection seeks to protect fisheries by preventing substances deleterious to fish entering into waters frequented by fish. This is a proper concern of legislation under the heading of "Sea Coast and Inland Fisheries".

The situation in this case is different from that which was considered in *Dan Fowler v. Her Majesty The Queen*, a judgment of this Court recently delivered. That case involved the constitutional validity of subs. 33(3) of the *Fisheries Act* and it was held to be *ultra vires* of Parliament to enact. Unlike subs. (2), subs. (3) contains no reference to deleterious substances. It is not restricted by its own terms to activities that are harmful to fish or fish habitat. The basis of the judgment in the *Fowler* case is set out in the following passage:

> 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.

In my opinion, subs. 33(2) was *intra vires* of the Parliament of Canada to enact. The definition of "deleterious substance" ensures that the scope of subs. 33(2) is restricted to a prohibition of deposits that threaten fish, fish habitat or the use of fish by man.

The appellant contended that an order of prohibition should have been granted because the charges contained in the information were multiplicitous.

In *The Queen v. Sault Ste. Marie*[6], a somewhat similar violation was charged in omnibus fashion

[6] [1978] 2 S.C.R. 1299.

Ce paragraphe porte essentiellement sur le dépôt de substances nocives dans des eaux poissonneuses ou dans un lieu d'où cette substance nocive peut pénétrer dans ces eaux. Aux termes de la définition, une substance est nocive quand elle l'est pour le poisson. Le paragraphe cherche essentiellement à protéger les pêcheries en empêchant que des substances nocives pour le poisson pénètrent dans des eaux poissonneuses. C'est là un objectif approprié pour une disposition législative qui relève du chef des «Pêcheries des côtes de la mer et de l'intérieur».

La situation en l'espèce diffère de celle étudiée dans *Dan Fowler c. Sa Majesté la Reine*, un arrêt récent de cette Cour qui traite de la constitutionnalité du par. 33(3) de la *Loi sur les pêcheries*. Cette Cour a conclu que le par. 33(3) excède les pouvoirs du Parlement. A la différence du par. 33(2), le par. 33(3) ne fait pas référence à des substances nocives. Le texte du paragraphe fait en sorte que ce dernier ne se limite pas aux activités nuisibles aux poissons ou à leur habitat. Le fondement de l'arrêt *Fowler* se trouve dans l'extrait suivant:

> 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.

A mon avis, le par. 33(2) est de la compétence du Parlement du Canada. La définition d'une «substance nocive» fait en sorte que la portée du par. 33(2) se limite à une interdiction de déposer des substances nuisibles aux poissons, à leur habitat ou à l'utilisation du poisson par l'homme.

L'appelante fait valoir qu'une ordonnance de prohibition aurait dû être accordée parce que les accusations dans la dénonciation sont multiples.

Dans l'affaire *La Reine c. Sault Ste-Marie*[6], où il était question d'une infraction quelque peu sem-

[6] [1978] 2 R.C.S. 1299.

in a single count, *i.e.*, discharging or depositing, or causing, or permitting the discharge of material. This generic charge was held not to be duplicitous. At p. 1308, it is said:

> In my opinion, the primary test should be a practical one, based on the only valid justification for the rule against duplicity: does the accused know the case he has to meet, or is he prejudiced in the preparation of his defence by ambiguity in the charge?

If there is no ambiguity in a count alleging several modes of commission of one offence, *a fortiori* there is no ambiguity in a count alleging one particular mode of commission of an offence. The fact that there are several counts, each alleging a different mode, does not make it any more difficult for the accused to know what case he has to meet or to prepare his defence. He is not placed in greater jeopardy if the counts relate to one delict, because, in view of the judgment of this Court in *Kienapple v. The Queen*[7], he could not be convicted on more than one count.

In view of the fact that I consider the information to be satisfactory, there is no need to consider whether the Court of Appeal was correct in holding that prohibition was not an available means of attacking the information on the grounds of multiplicity.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Graham Wright, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[7] [1975] 1 S.C.R. 729.

blable, il n'y avait qu'un seul chef d'accusation comprenant plusieurs éléments, soit, décharger ou déposer ou faire décharger ou faire déposer ou permettre de décharger ou de déposer des matières. Cette Cour a conclu que l'accusation générique n'était pas multiple. On lit à la p. 1308:

> A mon avis, le critère primordial devrait être d'ordre pratique et fondé sur la seule justification valide de la règle s'opposant à la multiplicité: l'accusé sait-il de quoi il est accusé ou l'ambiguïté de l'accusation nuit-elle à la préparation de sa défense?

Si un chef d'accusation qui allègue plusieurs manières de commettre une même infraction n'est pas ambigu, *a fortiori* un chef d'accusation qui allègue une manière particulière de commettre une infraction ne l'est pas. Il n'est pas plus difficile pour l'accusé de savoir de quoi il est accusé ou de préparer sa défense parce qu'il y a plusieurs chefs d'accusation qui allèguent chacun une manière différente de commettre une infraction. Il n'est pas en plus grand danger si les chefs d'accusation se rapportent à un seul délit, car, vu l'arrêt de cette Cour *Kineapple c. La Reine*[7], il ne peut être déclaré coupable sur plus d'un chef.

Étant donné que selon moi, la dénonciation est adéquate, il devient inutile d'examiner si la Cour d'appel a eu raison de décider qu'on ne peut avoir recours à la prohibition pour contester une dénonciation au motif qu'elle renferme une accusation multiple.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Graham Wright, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[7] [1975] 1 R.C.S. 729.

Her Majesty The Queen in The Right of the Province of Manitoba *Appellant*;

and

Air Canada *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada, The Attorney General of Quebec, The Attorney General of Nova Scotia, The Attorney General of New Brunswick, The Attorney General of British Columbia, The Attorney General of Saskatchewan, and The Attorney General of Alberta *Interveners.*

1980: January 23; 1980: July 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Taxation — Personal tax — Airspace over land territory of Province — Use of aircraft — Indirect taxation — Taxation within the Province — The Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, c. R150 — British North America Act, s. 92(2).

The appeal in this Court concerns the liability of Air Canada, under *The Retail Sales Tax Act* of Manitoba, for tax in respect of through-flights over the air space above Manitoba and in respect of liquor service to first class and economy passengers during such flights, and in respect of flights that land in Manitoba from outside points on temporary stopovers pending their continuation to destination outside the Province. There was no suggestion of tax liability in respect of flights which take off from, *i.e.*, originate in Manitoba, for points beyond, nor was any issue raised as to Air Canada operations that begin and end in Manitoba; no such operations were put in issue. Air Canada had been assessed in the amount of $1,375,387, including interest and penalties. It challenged the assessment and was largely successful in the Manitoba Courts. The Court of Queen's Bench assessed the tax at a mere $1,856 and ordered a refund of $1,432,181 with interest after judgment. The Court of Appeal varied the judgment by ordering the Government of Manitoba to pay interest before judgment and increased the refund to $1,708,282.63. On appeal to this Court, two constitutional questions were fixed as follows:

Sa Majesté La Reine du chef de la province du Manitoba *Appelante*;

et

Air Canada *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta *Intervenants.*

1980: 23 janvier; 1980: 18 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Droit fiscal — Impôt personnel — Espace aérien au-dessus de territoire provincial — Utilisation d'aéronefs — Taxation indirecte — Taxation dans les limites de la province — The Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, chap. R150 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(2).

Le pourvoi à cette Cour porte sur l'assujettissement d'Air Canada en vertu de *The Retail Sales Tax Act* du Manitoba, à la taxe sur les vols qui traversent l'espace aérien au-dessus du Manitoba, sur le service de boissons alcooliques aux passagers de première classe et de classe économique pendant ces vols et sur les vols qui atterrissent au Manitoba. Ces derniers sont des vols en provenance de l'extérieur de la province, qui y font escale avant de poursuivre leur trajet vers des destinations situées à l'extérieur de la province. On n'a pas prétendu qu'il y avait assujettissement à la taxe pour des vols qui décollent du Manitoba, c.-à-d. qui y ont leur origine, à destination de points situés à l'extérieur de la province et il n'est pas question en l'espèce d'activités d'Air Canada qui commencent et se terminent au Manitoba. La cotisation d'Air Canada a été fixée à $1,375,387, intérêts et peines compris. Air Canada a contesté la cotisation et a eu en majeure partie gain de cause devant les cours du Manitoba. La Cour du Banc de la Reine a fixé à $1,856 seulement la taxe payable et a ordonné un remboursement de $1,432,181 avec intérêts après jugement. La Cour d'appel a modifié le jugement en ordonnant au gouvernement du Manitoba de payer à Air Canada des intérêts avant le jugement et a porté le remboursement à $1,708,282.63. Dans le pourvoi à cette Cour, deux questions constitutionnelles ont été fixées en ces termes:

1. Is airspace over land territory of the Province of Manitoba "within the Province" so as to permit the Province to tax a corporation in respect of its use of aircraft in such airspace under *The Retail Sales Tax Act*?

2. Is it otherwise *intra vires* the Province so to tax a business within the Province?

A rehearing was subsequently ordered with particular reference to the question whether the taxes assessed against the respondent constitute indirect taxation and therefore were beyond the power of the Legislature of the Province of Manitoba to impose.

Held: The appeal should be dismissed.

Prior to May 1, 1972, aircraft in interprovincial and foreign flights through the air space over Manitoba and repair parts for such aircraft were exempted from tax. A certain taxing formula was then introduced in *The Retail Sales Tax Act* in respect of aircraft engaged in such flights. Section 3(1) of the Act imposed upon "every purchaser of tangible personal property or a service" a tax "in respect of the consumption thereof", and s. 4(6) provided that "where an aircraft is, in the opinion of the minister, operated both within and without the province for the purpose of trade, the minister ... may, for the purposes of this Act, fix the value of the aircraft, and the repair parts and services therefor ...".

Air Canada has offices in Manitoba and also has maintenance and service facilities for its aircraft which land there or take off from there, and it was contended that, if the tax is a tax *in personam*, then Air Canada is liable to pay it, in respect of overflights and in respect of aircraft that land in Manitoba, and also in respect of aircraft parts which are found in Air Canada's facilities in Manitoba, unless the tax is indirect.

It is unnecessary for the purposes of this case to explore the extent to which a Province has legislative jurisdiction in the air space *per se*: Assuming that the Province has some legislative jurisdiction in the air space above it, the pivotal question is whether Air Canada aircraft engaged in overflights are "within the Province" as this phrase is used in s. 92(2) of the *B.N.A. Act*. Merely going through the air space over Manitoba does not give the aircraft a *situs* there to support a tax which constitutionally must be "within the Province". In the

1. L'espace aérien au-dessus du territoire de la province du Manitoba est-il «dans les limites de la province» de façon à permettre à la province de taxer une société en vertu de *The Retail Sales Tax Act*, à raison de l'utilisation par elle d'aéronefs dans cet espace aérien?

2. La province a-t-elle autrement le pouvoir de taxer une société qui fait affaires dans les limites de la province?

Une nouvelle audition a été ordonnée par la suite en vue de considérer spécialement si les impôts prélevés sur l'intimée constituent des impôts indirects et outrepassent donc le pouvoir de la législature de la province du Manitoba.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Avant le 1er mai 1972, les aéronefs, qui effectuaient des vols interprovinciaux et internationaux et traversaient l'espace aérien au-dessus du Manitoba, ainsi que les pièces de rechange pour ces aéronefs, étaient exempts de taxe. Un mode d'imposition a été adopté pour les aéronefs effectuant ces vols dans *The Retail Sales Tax Act*. Le paragraphe 3(1) de la Loi a imposé à «tout acheteur d'un bien meuble tangible ou d'un service» une taxe «à la consommation de ce bien», et le par. 4(6) prévoit que «lorsqu'un aéronef est, de l'avis du ministre, exploité tant dans la province qu'à l'extérieur de celle-ci à des fins commerciales, le ministre ... peut, aux fins de la présente Loi, fixer la valeur de l'aéronef, de ses pièces de rechange et des services y afférents ...».

Air Canada a des bureaux au Manitoba de même que des installations d'entretien et de service pour ses aéronefs qui y atterrissent ou en décollent, et on soutient que, si la taxe est une taxe *in personam*, Air Canada y est assujettie à l'égard des vols sans escale et des aéronefs qui atterrissent au Manitoba et aussi des pièces d'aéronefs qui se trouvent dans les installations d'Air Canada au Manitoba, à moins que la taxe ne soit indirecte.

Il est inutile pour les fins de ce pourvoi d'explorer l'étendue de la compétence législative d'une province sur l'espace aérien en soi: si l'on présume que la province a une compétence législative sur l'espace aérien au-dessus de son territoire, la question cruciale devient celle de savoir si, à l'occasion des vols sans escale, les aéronefs d'Air Canada sont «dans les limites de la province», au sens où on l'utilise au par. 92(2) de l'*A.A.N.B.* Le seul fait de traverser l'espace aérien au-dessus du Manitoba n'y situe pas les aéronefs aux fins d'appuyer une taxe qui

case of aircraft operations, there must be a substantial, at least more than a nominal, presence in the Province to provide a basis for imposing a tax in respect of the entry of aircraft into the Province.

With respect to the submission that, regardless of whether the air space above Manitoba is within the Province, the appellant was entitled to tax Air Canada in respect of its airplanes, parts and services on overflights by regarding these facilities as merely the means of measuring a tax *in personam*, there are two answers to this contention. First, this is not the way in which the tax has been imposed. Although the tax is *in personam*, it is exacted upon the bringing of tangible personal property into the Province and as this has not been shown, then the statute itself precludes the exaction of the tax, even if Air Canada has a presence in Manitoba. Second, the principle expressed in *Bank of Toronto v. Lambe* cannot be extended to make interprovincial and transnational aircraft operations as measuring standards to determine the amount of a tax imposed upon an air carrier which has a business office in the taxing province.

With respect to flights that originate outside Manitoba but which land in the Province temporarily and then proceed out of Manitoba, they cannot be distinguished, on principle, from overflights.

Apart from constitutional considerations, there is no acquisition or consumption involved within the meaning of the Act. There is, at best, merely a notional drawing into the taxation net of interprovincial and extraprovincial operations, and constitutional authority, which is limited to direct taxation within the Province, cannot be extended by self-serving definitions.

Hence, the Act does not impose a tax that can be said to be "within the Province" under s. 92(2) of the *B.N.A. Act*, in so far as it purports to tax Air Canada on overflights of its aircraft through the air space over Manitoba and on flights which land temporarily in Manitoba from outside points before proceeding onward. It is therefore unnecessary to deal with the question whether the tax (even on the assumption that it is within the Province) is a direct tax. Equally, it is unnecessary to consider taxability in respect of the consumption of liquor by passengers since it follows from the main conclusion that any liquor sales to passengers cannot be said to be sales in Manitoba.

de par la constitution doit être «dans les limites de la province». Dans le cas de l'exploitation d'aéronefs, il doit y avoir une présence importante, du moins plus que nominale, dans la province pour fournir un fondement à l'imposition d'une taxe à l'égard de l'entrée d'aéronefs dans la province.

On peut répondre de deux façons à la prétention qu'indépendamment de la question de savoir si l'espace aérien au-dessus du Manitoba se trouve dans les limites de la province, l'appelante a le droit d'imposer Air Canada sur ses avions, pièces et services à l'occasion des vols sans escale, en considérant ces éléments comme de simples moyens de calcul d'une taxe *in personam*. En premier lieu, ce n'est pas ainsi que la taxe a été imposée. Bien qu'il s'agisse d'une taxe *in personam*, elle est prélevée à l'occasion de l'entrée de biens meubles tangibles dans la province. Comme ceci n'a pas été établi, alors la loi elle-même exclut le prélèvement de la taxe même si Air Canada a une présence au Manitoba. En second lieu on ne peut étendre le principe qui se dégage de *Banque de Toronto c. Lambe* pour prendre l'utilisation interprovinciale et internationale des aéronefs comme moyen de calcul du montant d'une taxe imposée sur un transporteur aérien qui a un bureau d'affaires dans la province taxatrice.

Quant aux vols en provenance de l'extérieur du Manitoba mais qui y font escale avant de poursuivre leur route hors du Manitoba, on ne peut les distinguer, en principe, des vols sans escale.

Toutes considérations constitutionnelles à part, aucune acquisition ou consommation n'est en cause au sens de la Loi. Il n'y a tout au plus qu'une inclusion fictive de l'activité interprovinciale et extra-provinciale dans le champ de la taxation, et le pouvoir constitutionnel, limité à la taxation directe dans les limites de la province, ne peut être élargi au moyen de définitions qui favorisent leur auteur.

En conséquence, la Loi n'impose pas une taxe dont on peut dire qu'elle est «dans les limites de la province» au sens du par. 92(2) de l'*A.A.N.B.* quand elle prétend imposer Air Canada sur les vols sans escale de ses aéronefs dans l'espace aérien au-dessus du Manitoba et sur les vols qui y font escale en provenance et à destination de points à l'extérieur de la province. Il est donc inutile d'examiner la question de savoir s'il s'agit d'une taxe directe (à supposer qu'elle soit dans les limites de la province). De même, il est inutile de considérer l'imposition de la consommation de boissons alcooliques par les passagers puisqu'il découle de la conclusion principale qu'aucune vente de boissons alcooliques aux passagers ne peut être considérée comme une vente au Manitoba.

Bank of Toronto v. Lambe (1887), 12 App. Cas. 575; *Northwest Airlines, Inc. v. Minnesota* (1943), 322 U.S. 292; *Braniff Airways Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment* (1953), 347 U.S. 590; *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], affirming with a variation a judgment of the Manitoba Queen's Bench. Appeal dismissed.

Wolfe D. Goodman, Q.C., and *D. D. Blevins*, for the appellant.

H. B. Monk, Q.C., Ian McPherson, Q.C., and *Charles Phelan*, for the respondent.

T. B. Smith, Q.C., and *M. L. Basta*, for the intervener, the Attorney General of Canada.

Henri Brun and *Jean-François Jobin*, for the intervener, the Attorney General of Quebec.

J. W. Kavanagh, Q.C. and *Mollie Gallagher*, for the intervener, the Attorney General of Nova-Scotia.

Alan D. Reid and *A. Anne McLellan*, for the intervener, the Attorney General of New Brunswick.

K. Lysyk, Q.C., for the intervener, the Attorney General of British Columbia.

D. A. McKillop, 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

THE CHIEF JUSTICE—This case concerns the construction and application of *The Retail Sales Tax Act*, R.S.M. 1970, c. R150 (originally entitled *The Revenue Tax Act*), as amended by 1972 (Man.), c. 6 and by 1974 (Man.), c. 57, Part 1, to Air Canada operations and services in through-flights which do not touch down in Manitoba and in flights which land in Manitoba or which take off in that Province. It arose under an amended

[1] [1978] 2 W.W.R. 694, 86 D.L.R. (3d) 631, [1978] C.T.C. 812.

Jurisprudence: *Banque de Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Northwest Airlines, Inc. v. Minnesota* (1943), 322 U.S. 292; *Braniff Airways Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment* (1953), 347 U.S. 590; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] A.C. 550.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], confirmant, avec une modification, un jugement de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Pourvoi rejeté.

Wolfe D. Goodman, c.r., et *D. D. Blevins*, pour l'appelante.

H. B. Monk, c.r., Ian McPherson, c.r., et *Charles Phelan*, pour l'intimée.

T. B. Smith, c.r., et *M. L. Basta*, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

Henri Brun et *Jean-François Jobin*, pour l'intervenant, le procureur général du Québec.

J. W. Kavanagh, c.r., et *Mollie Gallagher*, pour l'intervenant, le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Alan D. Reid et *A. Anne McLellan*, pour l'intervenant, le procureur général du Nouveau-Brunswick.

K. Lysyk, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

D. A. McKillop, 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 EN CHEF—Ce pourvoi porte sur l'interprétation de *The Retail Sales Tax Act*, R.S.M. 1970, chap. R150 (intitulée à l'origine *The Revenue Tax Act*), modifiée par 1972 (Man.), chap. 6 et par 1974 (Man.), chap. 57, Partie I, et sur son application à l'activité d'Air Canada et aux services qu'elle fournit au cours des vols sans escale au Manitoba et des vols qui y atterrissent ou en décollent. Ce pourvoi résulte d'une cotisation d'im-

[1] [1978] 2 W.W.R. 694, 86 D.L.R. (3d) 631, [1978] C.T.C. 812.

assessment of tax under the Act, confirmed by the Manitoba Minister of Finance in the amount of $1,375,387, including interest and penalties, and covering in its various aspects the period of July 1, 1971 to June 30, 1974. Air Canada challenged the assessment and was largely successful in that challenge in litigation in the Manitoba Courts.

Morse J. of the Manitoba Queen's Bench, after lengthy reasons, came to the following conclusion:

To summarize, it is my opinion that Air Canada was not liable to tax under the Manitoba *Retail Sales Tax Act* in respect of aircraft, aircraft engines and parts consumed, and services, meals and liquor consumed or supplied in aircraft while in the airspace over the Province of Manitoba, and, accordingly, the decision of the Minister in this case is varied to that extent.

The formal judgment which carried out this conclusion contains the following relevant provisions:

1. THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the assessment which is the subject of this appeal be reduced and varied—

a) by removing from the assessment all tax purported to be assessed and levied in respect of aircraft, aircraft engines and aircraft parts consumed, and services, meals and liquor consumed or supplied in aircraft while in the airspace over the Province of Manitoba;

b) by computing the value of the portion of any aircraft consumed in Manitoba, and subject to tax in the assessment period, as being the depreciation of that aircraft during that period computed on a straight line basis and multiplied by the proportion that the miles operated by the aircraft in Manitoba in that period bear to the total miles operated by the aircraft in the same period;

c) by removing from the assessment all tax purporting to be assessed and levied in respect of inventory, except that levied in respect of inventory owned by Air Canada in Manitoba after May 1, 1972, after deducting from the amount of the last mentioned inventory the amount of the inventory owned by Air Canada in Manitoba immediately prior to the 1st day of May, 1972;

d) by removing from the assessment all tax purporting to be assessed and levied in respect of the service

pôt modifiée, établie conformément à la Loi et confirmée par le ministre des Finances du Manitoba, au montant de $1,375,387, intérêts et peines compris, qui couvre sous ses divers aspects la période du 1er juillet 1971 au 30 juin 1974. Air Canada a contesté la cotisation et a eu en majeure partie gain de cause devant les cours du Manitoba.

Le juge Morse de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, après de longs motifs, en est venu à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Pour résumer, je suis d'avis qu'Air Canada n'est pas assujettie à la taxe imposée par *The Retail Sales Tax Act* du Manitoba à l'égard des aéronefs, moteurs d'aéronefs et pièces utilisés, et des services, repas et boissons alcooliques fournis ou consommés à bord des aéronefs pendant qu'ils se trouvent dans l'espace aérien au-dessus de la province du Manitoba, et la décision du ministre en l'espèce est modifiée en conséquence.

Le dispositif qui donne effet à cette conclusion est le suivant:

[TRADUCTION] 1. CETTE COUR STATUE que la cotisation qui fait l'objet de cet appel doit être réduite et modifiée—

a) par le retranchement de toutes les taxes que l'on prétend imposer et prélever sur les aéronefs, moteurs d'aéronefs et pièces d'aéronefs consommés, et les services, repas et boissons alcooliques fournis ou consommés à bord des aéronefs pendant qu'ils se trouvent dans l'espace aérien au-dessus de la province du Manitoba;

b) par le calcul de la valeur de la portion de tout aéronef consommée au Manitoba, et assujettie à la taxe pendant la période de cotisation, comme l'amortissement de cet aéronef pendant cette période calculé selon le mode linéaire, et multiplié par le rapport entre le nombre de milles parcourus par l'aéronef au Manitoba pendant cette période et le nombre total de milles parcourus par l'aéronef pendant la même période;

c) par le retranchement de toutes les taxes que l'on prétend imposer et prélever sur le stock, sauf celles prélevées sur le stock dont Air Canada était propriétaire au Manitoba après le 1er mai 1972, après avoir déduit de la valeur de ce dernier celle du stock dont Air Canada était propriétaire au Manitoba immédiatement avant le 1er mai 1972;

d) par le retranchement de toutes les taxes que l'on prétend imposer et prélever sur les repas ou les bois-

of meals or liquor alleged to have been served or supplied on aircraft which landed or took off from the Airport at the City of Winnipeg during the assessment period;

e) by removing from the assessment all tax purporting to be assessed and levied in relation to the time tables of Air Canada;

f) by removing from the assessment all tax purporting to be assessed and levied in relation to services, cleaning and maintenance of aircraft, janitorial services or laundry services performed outside the Province of Manitoba.

2. AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that after reducing and varying the assessment in accordance with the terms of this judgment, and computing the tax levied payable by the Appellant in respect of the assessment as varied the Respondent do refund to the Appellant without interest the amount by which the monies paid by the Appellant to the Respondent in relation to the assessment and not repaid to the Appellant exceed the tax payable under the assessment as varied in accordance with this judgment.

By an order of April 1, 1977, Morse J. assessed the tax against Air Canada at a mere $1,856 and ordered a refund as indicated below. It is not clear what the small tax represented, but it did signify Air Canada's substantial immunity from liability under the Manitoba *Retail Sales Tax Act*. The judgment and order of Morse J. were affirmed by the Manitoba Court of Appeal in reasons delivered by Monnin J.A., but with a variation by ordering the Government of Manitoba to pay interest to Air Canada on a refund of part of the tax which it had paid under protest. By reason of this variation, the refund of $1,432,181 with interest after judgment, directed by Morse J., was increased by the Court of Appeal to $1,708,282.63.

On appeal by leave to this Court, two constitutional questions were fixed by an order of Pigeon J. of August 18, 1978, as follows:

1. Is airspace over land territory of the Province of Manitoba "within the Province" so as to permit the Province to tax a corporation in respect of its use of aircraft in such airspace under *The Retail Sales Tax Act*, R.S.M. 1970, Ch. R150.

sons alcooliques que l'on allègue avoir été servis ou fournis à bord d'aéronefs qui ont atterri à l'aéroport de Winnipeg ou en ont décollé pendant la période de cotisation;

e) par le retranchement de toutes les taxes que l'on prétend imposer et prélever sur les horaires d'Air Canada;

f) par le retranchement de toutes les taxes que l'on prétend imposer et prélever sur les services, le nettoyage et l'entretien d'aéronefs, le gardiennage ou les services de buanderie rendus hors de la province du Manitoba.

2. ET CETTE COUR STATUE EN OUTRE qu'après avoir réduit et modifié la cotisation conformément au présent jugement, et calculé les taxes imposées dues par l'appelante à l'égard de la cotisation modifiée, l'intimée doit rembourser à l'appelante sans intérêts le montant par lequel les sommes que l'appelante a payées à l'intimée conformément à la cotisation et qui ne lui ont pas été remboursées, excèdent les taxes dues selon la cotisation modifiée conformément au présent jugement.

Dans une ordonnance en date du 1er avril 1977, le juge Morse a fixé à $1,856 seulement la taxe payable par Air Canada et a ordonné le remboursement indiqué plus loin. Ce que représente cette faible taxe n'est pas clair, mais cela signifie manifestement qu'Air Canada est en majeure partie exemptée de la taxe imposée par *The Retail Sales Tax Act* du Manitoba. La Cour d'appel du Manitoba a confirmé le jugement et l'ordonnance du juge Morse dans des motifs exposés par le juge Monnin, mais avec une modification qui ordonne au gouvernement du Manitoba de payer à Air Canada des intérêts sur le remboursement d'une partie de taxes que celle-ci avait payées sous protêt. Vu cette modification, le remboursement de $1,432,181 avec intérêts après jugement, ordonné par le juge Morse, a été porté à $1,708,282.63.

Dans le pourvoi interjeté sur autorisation de cette Cour, deux questions constitutionnelles ont été fixées par une ordonnance du juge Pigeon le 18 août 1978, en ces termes:

1. L'espace aérien au-dessus du territoire de la province du Manitoba est-il «dans les limites de la province» de façon à permettre à la province de taxer une société en vertu de *The Retail Sales Tax Act* R.S.M. 1970, chap. R150, à raison de l'utilisation par elle d'aéronefs dans cet espace aérien?

2. Is it otherwise *intra vires* the Province to so tax a business within the Province.

The Attorney General of Canada intervened as did the Attorneys General of Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia, Alberta and Saskatchewan. The appeal was heard in this Court by a Bench of seven Judges on November 7 and 8, 1979, but on December 21, 1979 the Court ordered a rehearing in the following terms:

A rehearing of this appeal is directed before the full Court [of nine] with particular reference to the question as to whether the taxes assessed against the respondent pursuant to the provisions of *The Retail Tax Act*, R.S.M. 1970, c. R150, and in issue in this appeal, constitute indirect taxation and therefore was beyond the power of the Legislature of the Province of Manitoba to impose.

The rehearing took place on January 23, 1980, and the same interveners participated.

Counsel for the appellant Government of Manitoba dropped any challenge to the award of interest by the Manitoba Court of Appeal and, similarly, abandoned any claim to tax in respect of Air Canada time-tables. At the rehearing, no issue was taken by the appellant with respect to the affirmed order of Morse J. as to meal service. The appeal in this Court was thus reduced to a consideration of the liability of Air Canada for tax in respect of through-flights over the air space above Manitoba and in respect of liquor service to first class and economy passengers during such flights, and in respect of flights that land in Manitoba. Those that land in Manitoba from outside points are flights that involve temporary stopovers pending their continuation to destinations outside the Province. There was no suggestion of tax liability in respect of flights which take off from, *i.e.* originate in Manitoba, for points beyond. Nor are we concerned in this case with Air Canada operations that begin and end in Manitoba; no such operations were put in issue. I would note here that, as stated by the appellant in its factum of the first hearing in this Court, "the tax is imposed only once during the lifetime of an aircraft, or other

2. La province a-t-elle autrement le pouvoir de taxer ainsi une société qui fait affaires dans les limites de la province?

Le procureur général du Canada est intervenu de même que les procureurs généraux du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan. Une formation de sept juges de cette Cour a entendu le pourvoi les 7 et 8 novembre 1979, mais le 21 décembre 1979 la Cour a ordonné une nouvelle audition dans les termes suivants:

Une nouvelle audition du présent appel est ordonnée devant la Cour siégeant au complet [neuf juges] en vue de considérer spécialement si les impôts en litige prélevés sur l'intimée aux termes de *The Retail Sales Tax Act*, R.S.M. 1970, chap. R150 constituent des impôts indirects et outrepassent donc le pouvoir de la législature de la province du Manitoba.

La nouvelle audition a eu lieu le 23 janvier 1980 et les mêmes intervenants y ont participé.

L'avocat du gouvernement du Manitoba appelant a abandonné toute contestation de l'attribution d'intérêts par la Cour d'appel du Manitoba de même que toute réclamation de taxes à l'égard des horaires d'Air Canada. A la nouvelle audition, l'appelante n'a pas contesté l'ordonnance confirmée du juge Morse sur le service des repas. Le pourvoi à cette Cour se limite donc à l'examen de l'assujettissement d'Air Canada à la taxe sur les vols qui traversent l'espace aérien au-dessus du Manitoba, sur le service de boissons alcooliques aux passagers de première classe et de classe économique pendant ces vols et sur les vols qui atterrissent au Manitoba. Ces derniers sont des vols en provenance de l'extérieur de la province, qui y font escale avant de poursuivre leur trajet vers des destinations situées à l'extérieur de la province. On n'a pas prétendu qu'il y avait assujettissement à la taxe pour des vols qui décollent du Manitoba, c'est-à-dire qui y ont leur origine, à destination de points situés à l'extérieur de la province. Nous n'avons pas à nous occuper en l'espèce d'activités d'Air Canada qui commencent et se terminent au Manitoba; il n'en est pas allégué. Je note ici que, comme l'a dit l'appelante dans son factum à la

items of property at the time of purchase", this last word taking its meaning as defined in the Act.

Counsel for the appellant conceded that the title, *"Retail Sales Tax Act"* was a misnomer because the Act is not limited to the levy of taxes on retail sales but purports to encompass, in defined circumstances, consumption and use of tangible personal property, whether or not there is an actual retail sale. It also embraces the enjoyment or advantage of services. Prior to May 1, 1972, aircraft in interprovincial and foreign flights through the air space over Manitoba and repair parts for such aircraft were exempted from tax but the exemption was removed by the 1972 amendment and a certain taxing formula was introduced in respect of aircraft engaged in such flights, and I shall come to it shortly.

The general charging section of the Act is s. 3(1) which reads:

3(1) Every purchaser of tangible personal property or a service, except tangible personal property in respect of which tax is payable under subsection (13), shall pay to Her Majesty in right of Manitoba, for the public use of the government, a tax in respect of the consumption thereof, computed at the rate of five per cent of the fair value thereof.

I reproduce also the supporting provisions of s. 3(5) and s. 3(6) which read:

3(5) Every person who consumes within the province tangible personal property acquired by him for resale, or who consumes within the province tangible personal property manufactured, processed, produced, or purchased by him within or without the province shall, for the purpose of this Act be conclusively deemed to have purchased that property at a retail sale in the province.

3(6) Every retail sale to a purchaser in the province by a person who is not resident within the province, or carrying on business within the province, shall be deemed to be a retail sale in the province for the purposes of applying the tax under this section.

It was the contention of the appellant that s. 3(1) is the only charging section and that the provisions respecting the taxing formula applicable to air-

première audition devant cette Cour, [TRADUCTION] «la taxe est prélevée une fois seulement pendant la durée utile d'un aéronef, ou d'autres articles au moment de l'achat», ce dernier terme ayant le sens que lui donne la définition de la Loi.

L'avocat de l'appelante a reconnu que le titre, «*Retail Sales Tax Act*» est inexact parce que la Loi ne limite pas le prélèvement de la taxe aux ventes au détail mais inclut, dans des circonstances précises, la consommation et l'utilisation de biens meubles tangibles qu'il y ait eu ou non réellement vente au détail. Elle comprend également la jouissance et l'avantage de services. Avant le 1er mai 1972, les aéronefs, qui effectuaient des vols interprovinciaux et internationaux et traversaient l'espace aérien au-dessus du Manitoba, ainsi que les pièces de rechange pour ces aéronefs, étaient exempts de taxe, mais l'exception a été abrogée par la modification de 1972 et un mode d'imposition, auquel je reviendrai sous peu, a été adopté pour les aéronefs effectuant ces vols.

La disposition générale de la Loi créant la taxe est le par. 3(1) dont voici le texte:

[TRADUCTION] 3(1) Tout acheteur d'un bien meuble tangible ou d'un service, sauf un bien meuble tangible à l'égard duquel une taxe est due en vertu du paragraphe (13), doit verser à Sa Majesté du chef du Manitoba, pour l'usage public du gouvernement, une taxe à la consommation de ce bien, calculée au taux de cinq pour cent de sa juste valeur.

Je reproduis aussi les dispositions complémentaires des par. 3(5) et 3(6) qui se lisent:

[TRADUCTION] 3(5) Toute personne qui consomme dans la province un bien meuble tangible qu'elle a acquis pour le revendre, ou qui y consomme un bien meuble tangible fabriqué, transformé, produit ou acheté par elle dans la province ou à l'extérieur de la province, est, aux fins de la présente loi, réputée l'avoir acheté à l'occasion d'une vente au détail dans la province.

3(6) Toute vente au détail à un acheteur dans la province par une personne qui n'y réside pas ou n'y fait pas affaires, est réputée une vente au détail dans la province aux fins de l'application de la taxe en vertu du présent article.

L'appelante soutient que le par. 3(1) est la seule disposition taxatrice et que les dispositions relatives au mode d'imposition applicable aux aéronefs

craft, found in s. 4(6), do not amount to a separate charging section. I shall come back to this later, but it will be convenient to reproduce s. 4(6) at this point and, as well, s. 4(7):

4(6) Notwithstanding section 3, where an aircraft is, in the opinion of the minister, operated both within and without the province for the purposes of trade, the minister may estimate the proportion that the number of miles the aircraft is operated in Manitoba bears to the total number of miles the aircraft is operated and may, for the purposes of this Act, fix the value of the aircraft, and the repair parts and services therefor, as that part of the value thereof that bears the same proportion to the total value thereof as the proportion estimated above; and tax is payable on that part of the value of the aircraft and the repair parts and services therefor so fixed.

4(7) Notwithstanding section 3, no tax is payable on the purchase of used tangible personal property other than

(*a*) a snowmobile; or

(*b*) an aircraft; or

(*c*) a vehicle required to be registered under The Highway Traffic Act;

purchased by one individual from another individual where the transaction is not, in the opinion of the minister, a commercial transaction.

What gives substance to s. 3(1) is a complex of definitions. "Purchaser" is defined in s. 2(1)(i) in these terms:

2(1)(i) "purchaser" means any person who

(i) purchases, acquires, or leases tangible personal property at a retail sale in the province; or

(ii) commands or receives a service at a retail sale in the province; or

(iii) in the case of a person residing or ordinarily resident or carrying on business or intending to carry on business in the province, brings into the province, or causes to be brought into the province, or receives delivery in the province, of tangible personal property acquired by him outside the province; or

(iv) uses tangible personal property manufactured by him inside or outside the province;

for his own consumption or for consumption by other persons at his expense or on behalf of, or as agent for a principal who desires to purchase, acquire, or lease such property, or command or receive such service,

au par. 4(6) ne créent pas une taxe distincte. Je reviendrai sur ce point plus loin, mais il convient de reproduire maintenant le par. 4(6) de même que le par. 4(7):

[TRADUCTION] 4(6) Nonobstant l'article 3, lorsqu'un aéronef est, de l'avis du ministre, exploité tant dans la province qu'à l'extérieur de celle-ci à des fins commerciales, le ministre peut évaluer le rapport qui existe entre le nombre de milles parcourus par l'aéronef au Manitoba et le nombre total de milles parcourus par l'aéronef, et peut, aux fins de la présente Loi, fixer la valeur de l'aéronef, de ses pièces de rechange et des services y afférents, à la partie de leur valeur qui présente le même rapport avec leur valeur totale que celui obtenu par l'évaluation qui précède, et la taxe est due sur la partie de la valeur de l'aéronef, des pièces de rechange et des services y afférents ainsi fixée.

4(7) Nonobstant l'article 3, aucune taxe n'est due sur l'achat d'un bien meuble tangible d'occasion autre que

a) une motoneige; ou

b) un aéronef; ou

c) un véhicule qui doit être immatriculé conformément à The Highway Traffic Act;

acheté par une personne à une autre lorsque l'opération n'est pas, de l'avis, du ministre, de nature commerciale.

Un ensemble de définitions étaye le par. 3(1). «Acheteur» est défini à l'al. 2(1)i) en ces termes:

[TRADUCTION] 2(1)i) «acheteur» désigne une personne qui

(i) achète, acquiert ou loue un bien meuble tangible à l'occasion d'une vente au détail dans la province; ou

(ii) commande ou reçoit un service à l'occasion d'une vente au détail dans la province; ou

(iii) dans le cas d'une personne qui réside ou qui réside habituellement ou qui fait affaires ou se propose de faire affaires dans la province, apporte ou fait apporter dans la province, ou prend livraison dans la province, d'un bien meuble tangible qu'elle a acheté hors de la province; ou

(iv) utilise un bien meuble tangible qu'elle a fabriqué dans la province ou à l'extérieur de celle-ci;

pour sa propre consommation ou pour la consommation d'autres personnes à ses frais ou pour le compte d'un commettant qui désire acheter, acquérir ou louer ce bien, ou commander ou recevoir ce service, pour la

for consumption by such principal or by other persons at his expense;

The definition of "consumption" is in s. 2(1)(*b*) and it reads:

2(1)(*b*) "consumption" includes

(i) the consumption or use of tangible personal property;

(ii) the incorporation of tangible personal property into real property including tangible personal property manufactured by the purchaser or further processed or otherwise improved by him for the purpose of incorporating it into real property; and

(iii) the receiving of the benefit, enjoyment, assistance or advantage of a service;

"Tangible personal property" is defined in s. 2(1)(*p*) and "use" is defined in s. 2(1)(*r*). The definitions are as follows:

2(1)(*p*) "tangible personal property" means personal property that can be seen, weighed, measured, felt, or touched, or that is in any other way perceptible to the senses;

. . .

(*r*) "use" includes storage and the exercise of any right or power over tangible personal property incidental to the ownership of that property;

Also relevant is the definition of "service" in s. 2(1)(*n*) and it reads:

2(1)(*n*) "service" means the provision of an accommodation or a facility, or the discharge of a function, falling within any of the classes of accommodation, facilities, or functions, mentioned in section 5, where they are provided or discharged by a seller for the benefit, enjoyment, assistance, or advantage of a person other than the seller on the order and at the expense of a purchaser;

It will be noticed that s. 3(1) excepts the tax payble under s. 3(13), and it appears to me that it is difficult to escape the conclusion that s. 3(13), dealing with a tax on liquor, is a special charging section in respect of that commodity. Section 3(13) reads:

3(13) Every purchaser of liquor, as defined in The Liquor Control Act, other than beer, as defined in that

consommation par ce commettant ou par d'autres personnes aux frais de celui-ci;

La définition de «consommation» se trouve à l'al. 2(1)*b*):

[TRADUCTION] 2(1)*b*) «consommation» comprend

(i) la consommation ou l'utilisation d'un bien meuble tangible;

(ii) l'incorporation d'un bien meuble tangible dans un bien immeuble, y compris un bien meuble tangible fabriqué par l'acheteur ou que ce dernier a transformé ou amélioré de toute autre façon afin de l'incorporer dans un bien immeuble, et

(iii) le bénéfice, la jouissance, l'assistance ou l'avantage d'un service;

«Bien meuble tangible» est défini à l'al. 2(1)*p*) et «utilisation» à l'al. 2(1)*r*). Voici ces définitions:

[TRADUCTION]

2(1)*p*) «bien meuble tangible» désigne un bien meuble qui peut être vu, pesé, mesuré, perçu ou touché, ou qui est de toute autre façon perceptible par les sens;

. . .

r) «utilisation» comprend l'entreposage et l'exercice sur un bien meuble tangible de tout droit ou pouvoir qui est rattaché à la propriété de ce bien;

La définition de «service» à l'al. 2(1)*n*) est aussi pertinente:

[TRADUCTION]

2(1)*n*) «service» désigne la fourniture d'un avantage ou d'une installation, ou l'exécution d'une tâche, qui tombe dans une des catégories d'avantages, d'installations ou de tâches mentionnées à l'article 5, lorsqu'ils sont fournis ou exécutés par un vendeur pour le bénéfice, la jouissance, l'assistance ou l'avantage d'une personne autre que le vendeur sur l'ordre et aux frais d'un acheteur;

Il faut noter que le par. 3(1) exclut la taxe qui est due en vertu du par. 3(13) et il me paraît difficile de ne pas conclure que le par. 3(13), qui vise une taxe sur les boissons alcooliques, crée une taxe distincte sur ce produit. Voici le par. 3(13):

[TRADUCTION] 3(13) Tout acheteur de boissons alcooliques, définies dans The Liquor Control Act, autres que

Act and manufactured in Canada, shall pay to Her Majesty in right of Manitoba for the public use of the government a tax in respect of the consumption thereof, computed at the rate of ten per cent of the fair value thereof.

Air Canada has offices in Manitoba and also has maintenance and service facilities for its aircraft which land there or take off from there, and it was contended that, if the tax that is imposed is a tax *in personam*, then Air Canada is liable to pay it, in respect of overflights and in respect of aircraft that land in Manitoba, and also in respect of aircraft parts which are found in Air Canada's facilities in Manitoba, unless the tax is indirect.

This submission involves, initially, the construction of Manitoba's taxing statute as it applies to Air Canada and, indeed, to other air carriers, foreign and domestic which have places of business in Manitoba and which fly through or into and then out of the Province. There is involved, secondly, the constitutional question, posed by the order of Pigeon J., in the light of Manitoba's assertion that it has, in any event, legislative jurisdiction over the air space above the Province and may thus tax upon the entry of aircraft into that air space. The evidence discloses that Air Canada aircraft on overflights fly at an altitude of at least 31,000 feet, that liquor is served on such overflights but not when aircraft land in Manitoba, and not when taking off until cruising altitude is reached.

Construction of the Taxing Statute

In my opinion, s. 4(6) of *The Retail Sales Tax Act* is as much a charging section, relating particularly to aircraft, repair parts and services therefor, as is s. 3(1) in its generality; but, it is obvious that if the calculation of the tax on the formula prescribed by s. 4(6) is merely the measure applied to quantify a tax *in personam*, then s. 4(6) must draw in the reference in s. 3(1) to the words "every purchaser of tangible personal property or a service . . . shall pay a tax in respect of the consumption thereof . . .". If this were not so, we would be dealing generally with a personal tax but in the case of aircraft, repair parts and services therefor with a tax on property and services. I do not think,

de la bière, définie dans ladite Loi et fabriquée au Canada, doit verser à Sa Majesté du chef du Manitoba, pour l'usage public du gouvernement, une taxe à la consommation de ces boissons, calculée au taux de dix pour cent de leur juste valeur.

Air Canada a des bureaux au Manitoba de même que des installations d'entretien et de service pour ses aéronefs qui y atterrissent ou en décollent, et on soutient que, si la taxe en cause est une taxe *in personam*, Air Canada y est assujettie à l'égard des vols sans escale et des aéronefs qui atterrissent au Manitoba et aussi des pièces d'aéronefs qui se trouvent dans les installations d'Air Canada au Manitoba, à moins que la taxe ne soit indirecte.

Cette prétention implique d'abord l'interprétation de la loi fiscale du Manitoba dans son application à Air Canada et, bien sûr, aux autres transporteurs aériens, étrangers et nationaux, qui ont des places d'affaires au Manitoba et qui survolent la province ou y font escale. Elle implique ensuite l'examen de la question constitutionnelle, posée par l'ordonnance du juge Pigeon, à la lumière de l'assertion du Manitoba qu'il a, de toute façon, compétence législative sur l'espace aérien au-dessus de lui et qu'il peut donc imposer une taxe à l'égard des aéronefs qui y entrent. La preuve révèle que les aéronefs d'Air Canada survolent la province à une altitude d'au moins 31,000 pieds, que des boissons alcooliques sont servies à bord de ces vols sans escale mais non quand l'aéronef atterrit au Manitoba, ni quand il en décolle jusqu'à ce que l'altitude de croisière soit atteinte.

L'interprétation de la loi fiscale

A mon avis, le par. 4(6) de *The Retail Sales Tax Act* crée tout autant une taxe, qui vise spécialement les aéronefs, les pièces de rechange et les services y afférents, que le fait le par. 3(1) en général; mais il est évident que si le calcul de la taxe selon la formule prescrite par le par. 4(6) n'est que la mesure utilisée pour évaluer une taxe *in personam*, le par. 4(6) doit comprendre par renvoi les termes du par. 3(1) «tout acheteur d'un bien meuble tangible ou d'un service ... doit verser ... une taxe à la consommation de ce bien ...». Si ce n'était pas le cas, il s'agirait en somme d'une taxe personnelle, mais dans le cas d'aéronefs, de leurs pièces de rechange et des services y affé-

having regard to the terms of the Act, that such a distinction should be made, and hence I proceed on the basis of the tax being a personal tax under both the general charging s. 3(1) and under the particular related charging s. 4(6). This, however, raises the question whether the provincial tax, if a direct tax, may be imposed upon a "person" like Air Canada (which carries on business in many places in Canada and abroad) and whether in this case the tax is simply measured by extraprovincial considerations. *Bank of Toronto v. Lambe*[2] is said to support this and I shall return to that case later.

Whether the taxing statute has proceeded on this basis depends, of course, on its terms and on their construction. In the present case, the Government of Manitoba purports to treat Air Canada as a "purchaser" by reason of being an entity engaged in business in the Province. The only definition provisions relied on by the appellant and, indeed, the only ones that could be relied on are those found in subclause (iii) of s. 2(1)(i) and s. 3(5) and it will be useful to reproduce them again:

2(1)(i) "purchaser" means any person who

. . .

(iii) in the case of a person residing or ordinarily resident or carrying on business or intending to carry on business in the province, brings into the province, or causes to be brought into the province, or receives delivery in the province, of tangible personal property acquired by him outside the province;

. . .

for his own consumption or for consumption by other persons at his expense or on behalf of, or as agent for a principal who desires to purchase, acquire, or lease such property, or command or receive such service, for consumption by such principal or by other persons at his expense;

. . .

3(5) Every person who consumes within the province tangible personal property acquired by him for resale, or who consumes within the province tangible personal property manufactured, processed, produced, or purrents, il s'agirait d'une taxe sur les biens et services. Je ne crois pas, compte tenu du texte de la Loi, qu'il faille faire cette distinction et je considère qu'il s'agit d'une taxe personnelle tant en vertu de la disposition générale du par. 3(1) que de la disposition connexe spéciale du par. 4(6). Cela soulève cependant la question de savoir si la taxe provinciale, si elle est directe, peut frapper une «personne» comme Air Canada (qui fait afffaires à plusieurs endroits au Canada et à l'étranger) et si, en l'espèce, elle est simplement calculée en tenant compte d'éléments extra-provinciaux. On prétend que l'arrêt *Banque de Toronto c. Lambe*[2] appuie cette proposition. J'y reviendrai plus loin.

La question de savoir si la loi fiscale part de ce fondement dépend évidemment de ses termes et de leur interprétation. Dans le présent pourvoi, le gouvernement du Manitoba prétend considérer Air Canada comme un «acheteur» parce que c'est une entité faisant affaires dans la province. Les seules définitions sur lesquelles l'appelante se fonde, d'ailleurs les seules sur lesquelles elle pouvait le faire, sont celles qui se trouvent au sous-al. 2(1)i)(iii) et au par. 3(5) qu'il convient de citer de nouveau:

[TRADUCTION] 2(1)i) «acheteur» désigne une personne qui

. . .

(iii) dans le cas d'une personne qui réside ou qui réside habituellement ou qui fait affaires ou se propose de faire affaires dans la province, apporte ou fait apporter dans la province, ou prend livraison dans la province, d'un bien meuble tangible qu'elle a acheté hors de la province;

. . .

pour sa propre consommation ou pour la consommation d'autres personnes à ses frais ou pour le compte d'un commettant qui désire acheter, acquérir ou louer ce bien, ou commander ou recevoir ce service, pour la consommation par ce commettant ou par d'autres personnes aux frais de celui-ci;

. . .

3(5) Toute personne qui consomme dans la province un bien meuble tangible qu'elle a acquis pour le revendre, ou qui y consomme un bien meuble tangible fabriqué, transformé, produit ou acheté par elle dans la province

[2] (1887), 12 App. Cas. 575.

[2] (1887), 12 App. Cas. 575.

chased by him within or without the province shall, for the purpose of this Act be conclusively deemed to have purchased that property at a retail sale in the province.

I question whether, under these provisions, the statute captures overflights. There is no express language in them that does so, and their entire tenor suggests that they envisage that tangible personal property and services under subclause (iii) of s. 2 (1)(i) and ss. 3(1) and 4(6) will come to rest or be performed, as the case may be, on Manitoba *terra firma*. Moreover, I cannot appreciate how Air Canada, as a person in Manitoba, can be said to bring into the Province or cause to be brought into the Province any aircraft, repair parts and services on overflights which originate outside of Manitoba, either in another part of Canada or in a foreign country and which do not depend on any action of Air Canada in Manitoba but rather on action taken by it as a resident or person doing business elsewhere. It may be that if an aircraft and aircraft parts are landed in Manitoba, Air Canada may be said to have "received delivery" in the Province, within subclause (iii) of s. 2(1)(i), but this is a matter to which I will come later in these reasons.

In my view of Manitoba's taxing statute, although the tax that it imposes is *in personam*, it is exacted upon the bringing of tangible personal property into the Province. If this is not shown, then the statute itself precludes the exaction of the tax even if Air Canada has a presence in Manitoba. The question whether overflights fall within the statute was, however, contested not on the issue of construction which I have just canvassed, but on the larger question whether the mere entry into the air space over Manitoba was enough to bring Air Canada under tax liability in respect of aircraft, repair parts and services used and given on such overflights.

Overflights: The Claim of Jurisdiction in the Air Space

Manitoba's claim to tax under its statute is, as I have already noted, based on the contentions that (1) it has legislative jurisdiction in the air space

ou à l'extérieur de la province, est, aux fins de la présente loi, réputée l'avoir acheté à l'occasion d'une vente au détail dans la province.

Je doute que ces dispositions de la Loi englobent les vols sans escale. Elles n'en parlent pas expressément, et toute leur teneur laisse à entendre que les biens meubles tangibles et les services dont traitent le sous-al. 2(1)i)(iii) et les par. 3(1) et 4(6) se situeront ou seront exécutés, selon le cas, sur la terre ferme du Manitoba. De plus, je ne peux voir comment l'on peut dire qu'Air Canada, à titre de personne au Manitoba, apporte ou fait apporter dans la province des aéronefs, pièces de rechange ou services à l'occasion des vols sans escale dont le point de départ est à l'extérieur de la province, dans une autre partie du Canada ou dans un pays étranger. Air Canada ne fait rien au Manitoba à leur égard mais agit plutôt en tant que personne qui réside ou fait affaires ailleurs. Il est possible que si un aéronef atterrit au Manitoba ou que des pièces d'aéronefs y sont débarquées, on puisse dire qu'Air Canada en «prend livraison» dans la province, au sens du sous-al. 2(1)i)(iii), mais je reviendrai à cette question plus loin.

Selon mon interprétation de la loi fiscale manitobaine, bien que la taxe qu'elle impose soit une taxe *in personam*, elle est prélevée à l'occasion de l'entrée de biens meubles tangibles dans la province. Si ceci n'est pas établi, alors la loi elle-même exclut le prélèvement de la taxe même si Air Canada a une présence au Manitoba. Le débat sur la question de savoir si les vols sans escale relèvent de la loi n'a cependant pas porté sur le problème d'interprétation qui vient d'être examiné, mais sur la question plus large de savoir si le simple fait d'entrer dans l'espace aérien au-dessus du Manitoba suffisait à assujettir Air Canada à la taxe sur les aéronefs, les pièces de rechange et les services utilisés et rendus à l'occasion de ces vols sans escale.

Les vols sans escale: la revendication de compétence sur l'espace aérien

Pour appuyer la taxation en vertu de sa loi, le Manitoba fait valoir, comme je l'ai déjà dit, (1) qu'il a compétence législative sur l'espace aérien

above it and (2) upon entry of Air Canada aircraft into that air space, that tangible personalty is sufficiently within the Province for tax purposes. In the view that I take of this case, I find it unnecessary to explore the extent to which a Province has legislative jurisdiction in the air space *per se*. Here the claim to jurisdiction is made without limitation, but that is not the reason for not embarking upon an inquiry into the extent and nature of the jurisdiction under s. 92 of the *British North America Act*. Such an inquiry would lead much beyond the compass of the facts in the present case and would necessarily involve considerations of federal authority if the air space *ad infinitum* is to be the focus of inquiry. It is enough here to limit an issue arising in such an uncharted field to the facts out of which it arises and to the statute under which it is pursued.

I am prepared, on this view, to assume that the Province has some legislative jurisdiction in the air space above it so that the pivotal question is whether Air Canada aircraft, engaged in overflights are "within the Province", as this quoted phrase is used in s. 92(2) which empowers a Province to impose "direct taxation within the Province in order to the raising of a revenue for provincial purposes".

Merely going through the air space over Manitoba does not give the aircraft a *situs* there to support a tax which constitutionally must be "within the Province". In the case of aircraft operations, there must be a substantial, at least more than a nominal, presence in the Province to provide a basis for imposing a tax in respect of the entry of aircraft into the Province.

There is a pertinent observation by Jackson J. in a concurring judgment in *Northwest Airlines, Inc. v. Minnesota*[3] to which I wish to refer. He said this, at p. 304:

> Certainly today flight over a state either casually or on regular routes and schedules confers no jurisdiction to tax. Earlier ideas of a state's sovereignty over the air above it might argue for such a right to tax, but it is one

[3] (1943), 322 U.S. 292.

au-dessus de lui et (2) que, lorsqu'un aéronef d'Air Canada y pénètre, ce bien meuble tangible se trouve suffisamment dans les limites de la province pour y être imposé. Vu ma conclusion en l'espèce, j'estime inutile d'explorer l'étendue de la compétence législative d'une province sur l'espace aérien en soi. Ici, la compétence revendiquée est sans limite, mais ce n'est pas ce qui bloque une analyse de l'étendue et de la nature de la compétence en vertu de l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Pareille analyse nous entraînerait bien au-delà du champ des faits de l'espèce et impliquerait nécessairement des considérations sur le pouvoir fédéral si l'espace aérien illimité doit en être l'objet. Il suffit ici de restreindre le point litigieux qui se soulève dans ce domaine inexploré aux faits dont il découle et à la loi en vertu de laquelle les procédures ont été intentées.

Par conséquent, je suis prêt à présumer que la province a une compétence législative sur l'espace aérien au-dessus de son territoire de sorte que la question cruciale devient celle de savoir si, à l'occasion de vols sans escale, les aéronefs d'Air Canada sont «dans les limites de la province», au sens où on utilise cette expression au par. 92(2) qui autorise une province à imposer une «taxation directe dans les limites de la Province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux».

Le seul fait de traverser l'espace aérien au-dessus du Manitoba n'y situe pas les aéronefs aux fins d'appuyer une taxe qui de par la constitution doit être «dans les limites de la province». Dans le cas de l'exploitation d'aéronefs, il doit y avoir une présence importante, du moins plus que nominale, dans la province pour fournir un fondement à l'imposition d'une taxe à l'égard de l'entrée d'aéronefs dans la province.

Dans l'affaire *Northwest Airlines, Inc. v. Minnesota*[3], le juge Jackson fait une remarque pertinente dans son opinion au même effet que celle de la majorité, et je veux m'y reporter. Il dit à la p. 304:

> [TRADUCTION] Assurément, de nos jours, le survol d'un état, soit occasionnellement, soit selon des routes et horaires réguliers, ne lui confère pas de pouvoir de taxation. Les conceptions antérieures de la souveraineté

[3] (1943), 322 U.S. 292.

of those cases where legal philosophy has to take account of the fact that the world does move.

Does the act of landing within a state, even regularly and on schedule, confer jurisdiction to tax? Undoubtedly a plane, like any other article of personal property, could land or remain within a state in such a way as to become a part of the property within the state. But when a plane lands to receive and discharge passengers, to undergo servicing or repairs, or to await a convenient departing schedule, it does not in my opinion lose its character as a plane in transit. Long ago this Court held that the landing of a ship within the ports of a state for similar purposes did not confer jurisdiction to tax. *Hays v. Pacific Mail S. S. Co.*, 17 How. 596; *St. Louis v. Ferry Co.*, 11 Wall. 423; *Morgan v. Parham*, 16 Wall. 471; cf. *Ayer & Lord Tie Co. v. Kentucky*, 202 U.S. 409. I cannot consider that to alight out of the skies onto a landing field and take off again into the air confers any greater taxing jurisdiction on a state than for a ship for the same purposes to come alongside a wharf on the water and get under way again.

The appellant relied on this case and also on *Braniff Airways Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*[4] in support of its contentions that it may properly tax aircraft which enter air space above it. In my opinion, these cases do not assist the appellant's contention. They turn on considerations that are not relevant to the present case and on constitutional provisions that have no application to the position asserted by Manitoba. The *Northwest Airlines* case concerned a Minnesota personal property tax which was held to be leviable against a Minnesota corporation having its principal place of business in that State, in respect of its entire fleet of airplanes, all of which were registered with the federal Civil Aeronautics Authority in a city in the State as the home port. Although the fleet operated in interstate commerce, none of the airplanes was continuously out of the State during the taxation year, and it was held that, absent restricting federal legislation, it was open to the State of the domicile, the home State, to impose the tax without violating either the federal commerce clause or the due process clause of the Constitution. No question of

[4] (1953), 347 U.S. 590.

d'un état sur son espace aérien pouvaient militer en faveur de pareil droit, mais c'est ici un cas où la philosophie du droit doit tenir compte de l'évolution du monde.

Le fait d'atterrir dans un état, même régulièrement et conformément à un horaire, emporte-t-il pouvoir de taxation? Sans doute, un avion, comme tout bien meuble, pourrait atterrir ou demeurer dans un état de façon à devenir partie des biens situés dans cet état. Mais quand un avion atterrit pour embarquer ou débarquer des passagers, pour entretien ou réparations ou en attente d'une heure de départ commode, il ne perd pas, selon moi, son caractère d'avion en transit. Cette Cour a décidé il y a longtemps que le mouillage d'un navire dans les ports d'un état à des fins analogues n'emporte pas pouvoir de taxation. *Hays v. Pacific Mail S.S. Co.*, 17 How. 596; *St. Louis v. Ferry Co.*, 11 Wall. 423; *Morgan v. Parham*, 16 Wall. 471; cf. *Ayer & Lord Tie Co. v. Kentucky*, 202 U.S. 409. Je ne peux admettre que se poser sur un terrain d'atterrissage et en décoller ensuite confère à un état un pouvoir de taxation plus étendu que celui qu'il a à l'égard d'un navire qui, aux mêmes fins, se range le long d'un quai puis en repart.

L'appelante invoque cette affaire ainsi que *Braniff Airways Inc. v. Nebraska State Board of Equalization and Assessment*[4], pour appuyer la prétention qu'elle peut à bon droit taxer des aéronefs qui entrent dans l'espace aérien au-dessus de son territoire. A mon avis, ces décisions ne servent pas la cause de l'appelante. Elles résultent de considérations qui ne sont pas pertinentes en l'espèce et de dispositions constitutionnelles inapplicables à la position défendue par le Manitoba. L'affaire *Northwest Airlines* porte sur une taxe sur les biens meubles au Minnesota que l'on a jugée applicable à l'entière flotte d'avions d'une société qui y avait sa principale place d'affaires; pour tous les avions, une ville de l'État était le port d'attache enregistré auprès de la Civil Aeronautics Authority. Bien que la flotte ait été exploitée pour le commerce inter-états, aucun avion ne se trouvait continuellement hors de l'État pendant l'année d'imposition, et l'on a décidé qu'en l'absence d'une loi fédérale l'interdisant, l'État du domicile, celui du port d'attache, peut imposer la taxe sans violer la clause de la Constitution sur le commerce fédéral ni celle sur l'application régulière de la loi. La

[4] (1953), 347 U.S. 590.

legislative jurisdiction over air space was involved. In the *Braniff* case, an apportioned *ad valorem* tax by the State of Nebraska levied on the flight equipment of an interstate air carrier was sustained where it was shown that the carrier regularly made eighteen stops a day in Nebraska, although it was not incorporated there nor was its home port there. This was held to be a sufficient contact with Nebraska to support the apportioned tax. Again, no question arose as to legislative jurisdiction over the air space and certainly none in respect of overflights.

What remains for consideration on this aspect of the case is a submission based on *Bank of Toronto v. Lambe, supra*. The submission is that, regardless of whether the air space above Manitoba is within the Province, the appellant was entitled to tax Air Canada in respect of its airplanes, parts and services on overflights by regarding these facilities as merely the means of measuring a tax *in personam*. There are two answers to this contention. First, this is not the way in which the tax has been imposed. I have already adverted to the issue of construction and it is clear from the statute that, although I accept the tax as *in personam*, it is exacted upon the bringing of tangible personal property into the Province. That was not done in this case. Second, I do not agree that *Bank of Toronto v. Lambe, supra*, supports the contention. Although that case was concerned with an activity which, like the one here, is within exclusive federal regulatory authority and a provincial tax upon the bank as carrying on business in the Province and measured by extraprovincial considerations was sustained, its principle cannot, in my view, be extended to make interprovincial and transnational aircraft operations as measuring standards to determine the amount of a tax imposed upon an air carrier which has a business office in the taxing Province.

Flights that Land in Manitoba

I need not dwell on this aspect of the case which concerns flights that originate outside Manitoba

compétence législative sur l'espace aérien n'était aucunement en question. Dans l'arrêt *Braniff*, on a conclu à la validité d'un impôt, calculé d'après une proportion de la valeur, qui était prélevé par l'État du Nebraska sur l'équipement aéronautique d'un transporteur aérien inter-états, après qu'il eut été démontré que le transporteur faisait régulièrement dix-huit arrêts par jour au Nebraska, bien qu'il n'y ait pas été constitué en société et n'y ait pas eu son port d'attache. On a décidé que cela constituait un lien suffisant avec le Nebraska pour justifier l'impôt réparti. Là non plus, la question de la compétence législative sur l'espace aérien n'a pas été soulevée, ni évidemment celle des vols sans escale.

Sur cet aspect de l'affaire, il reste à examiner une prétention fondée sur l'arrêt *Banque de Toronto c. Lambe*, précité. On a fait valoir qu'indépendamment de la question de savoir si l'espace aérien au-dessus du Manitoba se trouve dans les limites de la province, l'appelante a le droit d'imposer Air Canada sur ses avions, pièces et services à l'occasion des vols sans escale, en considérant ces éléments comme de simples moyens de calcul d'une taxe *in personam*. Il y a deux réponses à cette prétention. En premier lieu, ce n'est pas ainsi que la taxe a été imposée. J'ai déjà mentionné le problème d'interprétation, et il ressort clairement de la loi que, bien que j'accepte qu'il s'agit d'une taxe *in personam*, elle est prélevée à l'occasion de l'entrée de biens meubles tangibles dans la province. Ce n'est pas ce que l'on fait en l'espèce. En second lieu, je ne suis pas d'avis que l'arrêt *Banque de Toronto c. Lambe*, précité, appuie cette prétention. Bien que cette affaire porte sur une activité qui, comme la présente, relève du pouvoir exclusif de réglementation du fédéral et qu'on y ait confirmé une taxe provinciale sur la banque qui faisait affaires dans la province, calculée selon des éléments extraprovinciaux, à mon avis, on ne peut étendre le principe qui s'en dégage pour prendre l'utilisation interprovinciale et internationale des aéronefs comme moyen de calcul du montant d'une taxe imposée sur un transporteur aérien qui a un bureau d'affaires dans la province taxatrice.

Les vols qui font escale au Manitoba

Je n'ai pas besoin d'insister sur cet aspect de l'affaire qui porte sur les vols en provenance de

but which land in the Province temporarily and then proceed out of Manitoba. It is governed by my reasons in respect of overflights, being based on the same principles, but there are a few additional observations that I wish to make.

I emphasize again that the momentary transitory presence of agencies of transportation in the Province cannot bring them under *The Retail Sales Tax Act* any more than they could be brought under it if they did not enter the Province or were overflying the Province, although the operators of such services had places of business in the Province. Apart from constitutional considerations, I do not see how such operators can be said to be "purchasers", as defined in subpara. (iii) of s. 2(1)(i), which alone of the four definitions of "purchaser" in 2(1)(i) has any possible application. This is not a case of anyone in the Province bringing in or receiving delivery in the Province of tangible personal property "acquired by him outside the Province". There is no acquisition involved, however broadly the word is defined. I doubt, as well, whether there is any "consumption" involved in temporary stopovers, although that word is defined in s. 2(1)(*b*) to include "the consumption or use of tangible personal property". Moreover, there is, at best, merely a notional drawing into the taxation net of interprovincial and extraprovincial operations, and constitutional authority, which is limited to direct taxation within the Province, cannot be extended by self-serving definitions.

The present case, in so far as it concerns the attempted imposition of a tax in respect of personal property brought into the province, finds no support in *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*[5]. That case, dealing with a tax in respect of tobacco, either purchased in the Province or brought in from outside for consumption in the Province, was based on retail sale transactions, unlike the present case. Moreover, there was reality in its consumption aspect which was its essential feature.

[5] [1943] A. C. 550.

l'extérieur du Manitoba mais qui y font escale avant de poursuivre leur route hors du Manitoba. Mes motifs à l'égard des vols sans escale lui sont applicables à partir des mêmes principes, mais je désire faire quelques remarques additionnelles.

Je souligne à nouveau que la présence momentanée et transitoire de moyens de transport dans la province ne peut pas plus les assujettir à *The Retail Sales Tax Act* qu'ils ne le seraient s'ils n'y entraient pas ou s'ils la survolaient bien que les exploitants de ces services y aient des places d'affaires. Toutes considérations constitutionnelles à part, je ne peux voir comment l'on peut dire que ces exploitants sont des «acheteurs» au sens du sous-al. 2(1)i)(iii), la seule des quatre définitions d'«acheteur» à l'al. 2(1)i) susceptible de s'appliquer. Il ne s'agit pas d'un cas où une personne dans la province y apporte ou y prend livraison d'un bien meuble tangible «qu'elle a acheté hors de la province». Aucune acquisition, si largement que l'on définisse ce terme, n'est en cause. Je doute également que les escales impliquent une «consommation», bien que la définition de ce terme à l'al. 2(1)b) inclue «la consommation ou l'utilisation d'un bien meuble tangible». En outre, il n'y a tout au plus qu'une inclusion fictive de l'activité interprovinciale et extra-provinciale dans le champ de la taxation, et le pouvoir constitutionnel, limité à la taxation directe dans les limites de la province, ne peut être élargi au moyen de définitions qui favorisent leur auteur.

Dans la mesure où la présente affaire porte sur la tentative d'imposer une taxe sur des biens meubles apportés dans la province, elle ne trouve pas d'appui dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*[5]. Cette affaire relative à une taxe imposée sur le tabac, acheté dans la province ou apporté de l'extérieur pour y être consommé, se fondait sur des opérations de vente au détail, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. De plus, il y avait réellement un aspect consommation qui en était la caractéristique essentielle.

[5] [1943] A.C. 550.

Conclusion

For the reasons given above, I hold that the Manitoba *Retail Sales Tax Act* is *ultra vires* in so far as it purports to tax Air Canada on overflights of its aircraft through the air space over Manitoba and on flights which land temporarily in Manitoba from outside points before proceeding onward. The Act does not impose a tax that can be said to be "within the Province" under s. 92(2) of the *British North America Act*. In addition, I do not think that in its own terms it is applicable to Air Canada in respect of such flights.

In view of this conclusion, I find it unnecessary to deal with the question whether the tax (even on the assumption that it is within the Province) is a direct tax. Although the Court ordered a rehearing with particular reference to this question, I think it preferable to avoid dealing with it, in conformity with the general rule in constitutional cases not to engage issues which do not squarely arise for decision.

I am relieved by my holding from examining a number of issues touching the method of assessment under the Act and the propriety of some of the paragraphs of the formal order of Morse J., such as paras. (b) and (c). Equally, it is unnecessary to consider taxability in respect of the consumption of liquor by both first class and economy passengers since it follows from my main conclusion that any liquor sales to passengers cannot be said to be sales in Manitoba.

The appeal is, accordingly, dismissed with costs. There was no cross-appeal with respect to the assessment of tax against Air Canada in the sum of $1,856 and that liability therefore stands. There will be no costs to or against any of the interveners.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman & Carr, Toronto.

Solicitors for the respondent: Monk, Goodwin & Company, Winnipeg.

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que *The Retail Sales Tax Act* du Manitoba est *ultra vires* quand elle prétend imposer Air Canada sur les vols sans escale de ses aéronefs dans l'espace aérien au-dessus du Manitoba et sur les vols qui y font escale en provenance et à destination de points à l'extérieur de la province. La Loi n'impose pas une taxe dont on peut dire qu'elle est «dans les limites de la province» au sens du par. 92(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. En outre, je ne pense pas que de par son texte, elle s'applique à Air Canada à l'égard de ces vols.

Compte tenu de cette conclusion, j'estime inutile d'examiner la question de savoir s'il s'agit d'une taxe directe (à supposer qu'elle soit dans les limited de la province). Bien que la Cour ait ordonné une nouvelle audition avec mention particulière de ce point, je crois préférable d'éviter d'en traiter, conformément à la règle générale en matière constitutionnelle de ne pas engager un débat qui n'est pas carrément nécessaire pour en arriver à une décision.

Ma décision me décharge de l'examen de plusieurs questions relatives à la méthode de cotisation établie par la Loi et à la justesse de certains alinéas du dispositif de la décision du juge Morse, comme les al. b) et c). De même, il est inutile de considérer l'imposition de la consommation de boissons alcooliques par les passagers de première classe et de classe économique puisqu'il découle de ma conclusion principale qu'aucune vente de boissons alcooliques aux passagers ne peut être considérée comme une vente au Manitoba.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Aucun pourvoi incident n'a été interjeté de la cotisation d'une taxe de $1,856 contre Air Canada et, en conséquence, cette obligation demeure. Il n'y aura aucune adjudication de dépens pour ou contre aucun des intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Goodman & Carr, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Monk, Goodwin & Company, Winnipeg.

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

Solicitor for the Attorney General of Nova Scotia: Gordon F. Coles, Halifax.

Solicitor for the Attorney General of Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General of Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitors for the Attorney General of Québec: Henri Brun, Jean-François Jobin and Odette Larivière, Québec.

Solicitor for the Attorney General of British Columbia: R. Vogel, Victoria.

Procureur du procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur du procureur général de la Nouvelle-Écosse; Gordon F. Coles, Halifax.

Procureur du procureur général de l'Alberta: Ross W. Paisley, Edmonton.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse Regina.

Procureurs du procureur général du Québec: Henri Brun, Jean-François Jobin et Odette Larivière, Québec.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: R. Vogel, Victoria.

Aris Steamship Co. Inc. (*Defendant in the Trial Division and Respondent in the Federal Court of Appeal*) *Appellant*;

and

Associated Metals & Minerals Corporation (*Plaintiff in the Trial Division and Appellant in the Federal Court of Appeal*) *Respondent.*

and

The Ship "Evie W" (*Defendant in the Trial Division*)

and

Worldwide Carriers Limited (*Defendant in the Trial Division*)

1980: January 28, 29; 1980: April 22.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Time charter — Delay in delivery of cargo — Liability of owner and of charterer — Jurisdiction of the Federal Court — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22.

The action of the respondent Associated Metals & Minerals Corporation (one of the plaintiffs in the Trial Division of the Federal Court) was for damages resulting from delays in the shipment and delivery of a cargo of pig iron carried aboard the vessel Evie W, a ship owned by the appellant Aris Steamship Co. Inc. ("Aris") which had entered into a time charter with Worldwide Carriers Limited ("Worldwide"). The trial judge awarded damages to the respondent against the charterer Worldwide but dismissed the action against the owner Aris. The Federal Court of Appeal set aside the judgment at trial and rendered judgment in favour of the respondent against Aris. Hence the appeal to this Court. On appeal the question of the jurisdiction of the Federal Court was also raised but it was found that there was jurisdiction in the Federal Court to entertain this action.

Held: The appeal should be dismissed.

As to the issue of jurisdiction, in light of the recent judgment of this Court in *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, this Court

Aris Steamship Co. Inc. (*Défenderesse en Division de première instance et intimée en Cour d'appel fédérale*) *Appelante*;

et

Associated Metals & Minerals Corporation (*Demanderesse en Division de première instance et appelante en Cour d'appel fédérale*) *Intimée.*

et

Le navire «Evie W» (*Défendeur en Division de première instance*)

et

Worldwide Carriers Limited (*Défenderesse en Division de première instance*)

1980: 28, 29 janvier; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Charte-partie à temps — Retard de livraison d'une cargaison — Responsabilité du propriétaire et de l'affréteur — Compétence de la Cour fédérale — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22.

L'intimée Associated Metals & Minerals Corporation (un des demandeurs en Division de première instance de la Cour fédérale) a intenté une action en dommages-intérêts suite aux retards suvenus dans l'expédition et la livraison d'une cargaison de fonte en gueuses chargée à bord du navire Evie W, propriété de l'appellante Aris Steamship Co. Inc. («Aris») qui avait conclu un contrat de charte-partie à temps avec Worldwide Carriers Limited («Worldwide»). Le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts à l'intimée à l'encontre de l'affréteur Worldwide mais a rejeté l'action contre la propriétaire Aris. La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de première instance et a rendu jugement en faveur de l'intimée contre Aris. D'où le pourvoi à cette Cour. En appel, la compétence de la Cour fédérale à connaître de cette action a été soulevée, mais on a conclu que la Cour fédérale avait la compétence voulue.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En ce qui concerne la question de la compétence, vu le récent arrêt de cette Cour, *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co. et autre*, [1979] 2 R.C.S. 157, cette

is satisfied that the Court of Appeal reached the correct conclusion.

The substantive question involved in this appeal is whether the damages sustained by the plaintiff are recoverable from Aris as owner or Worldwide as charterer. This Court, like the Court of Appeal, cannot subscribe to the trial judge's view that there was no contractual relationship between Aris and the plaintiff relating to the delivery of the cargo and that the bills of lading were signed by the captain as agent for the charterer but inclines rather to the view that both the captain and the charterer were acting as agents for the owner in fulfilling the terms of the contract evidenced by the bill of lading. The charter party here is virtually identical with that which was in issue in *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] S.C.R. 852, where this Court decided that under such a charter, and in the absence of an undertaking on the part of the charterer, the owner remains the carrier for the shipper, and in issuing bills of lading the captain acts on his own behalf and not on behalf of the charterer.

Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd., [1951] S.C.R. 852, applied; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Limited*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1] which set aside the judgment of the Trial Division and rendered judgment in favour of the respondent. Appeal dismissed.

Roland G. Chauvin, Q.C., for the appellant.

Donald J. Wright, Q.C., and *R. N. Waterman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This appeal concerns the disposition of an action for a claim falling within the words "claim arising out of any agreement relating to the carriage of goods in ... a ship" as they occur in s. 22(2)(*i*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10.

[1] [1978] 2 F.C. 710.

Cour est convaincue que la conclusion de la Cour d'appel est bien fondée.

La véritable question dans ce pourvoi est celle de savoir si les dommages subis par la demanderesse sont recouvrables d'Aris à titre de propriétaire ou de Worldwide à titre d'affréteur. Cette Cour, comme la Cour d'appel, ne peut souscrire à l'avis du juge de première instance portant qu'il n'existait aucun lien contractuel entre Aris et la demanderesse relativement à la livraison de la cargaison et que les connaissements avaient été signés par le capitaine en sa qualité de mandataire de l'affréteur. Elle est portée à croire que le capitaine et l'affréteur agissaient en leur qualité de mandataires du propriétaire dans l'exécution du contrat constaté par le connaissement. La charte-partie en litige ici est virtuellement identique à celle dans l'affaire *Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852, où cette Cour a décidé qu'aux termes d'une charte-partie de cette nature et en l'absence d'un engagement de la part de l'affréteur, le propriétaire demeure le transporteur pour l'expéditeur et, quand il délivre des connaissements, le capitaine agit pour son propre compte et non pour celui de l'affréteur.

Jurisprudence: *Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852, (arrêt suivi); *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co. et autre*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Limitée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a infirmé le jugement de la Division de première instance et rendu jugement en faveur de l'intimée. Pourvoi rejeté.

Roland G. Chauvin, c.r., pour l'appelante.

Donald J. Wright, c.r., et *R. N. Waterman*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi vise une action en dommages relevant de l'al. 22(2)*i*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, 2e Supp., chap. 10, soit une «demande née d'une convention relative au transport de marchandises à bord d'un navire».

[1] [1978] 2 C.F. 710.

No question was raised at the trial level as to the jurisdiction of the Federal Court to entertain this action but it is apparent that in appealing the defendant interpreted such cases as *Quebec North Shore Paper Company v. Canadian Pacific Limited*[2] and *McNamara Construction (Western) Limited v. The Queen*[3], as resulting in the jurisdiction of the Trial Division of the Federal Court being so restricted as to exclude the present claim.

In the Court of Appeal Chief Justice Jackett found that there was jurisdiction in the Federal Court, and it is really not necessary in my opinion to explore the point further because the appeal was heard before Chief Justice Laskin had rendered the unanimous judgment of this Court in *Tropwood A.G., and the Owners of the Vessel Tropwood v. Sivaco Wire & Nail Company and Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.*[4], wherein he explored the recent cases dealing with the jurisdiction of the Federal Court and concluded his comments of s. 22 by saying (at p. 161):

> What is important to notice is that the heads of jurisdiction specified in s. 22(2) are nourished, so far as applicable law is concerned, by the ambit of Canadian maritime law or any other existing law of Canada relating to any matter coming within the class of navigation and shipping.

In light of this judgment I am satisfied that Chief Justice Jackett reached the correct conclusion as to jurisdiction.

This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal, which is now conveniently reported in [1978] 2 F.C. 710, by which that Court set aside a judgment rendered at trial by Mr. Justice Walsh which had awarded damages to Associated Metals & Minerals Corporation (hereinafter sometimes referred to as the plaintiff), against the defendant, Worldwide Carriers Limited (hereinafter referred to as "Worldwide") and which by the same judgment dismissed the plaintiff's action against the defendant, Aris Steamship Co. Inc. (hereinafter referred to as "Aris") and also the cross-demand of that company. In the

[2] [1977] 2 S.C.R. 1054.
[3] [1977] 2 S.C.R. 654.
[4] [1979] 2 S.C.R. 157, 99 D.L.R. (3d) 235.

La compétence de la Cour fédérale à connaître de cette action n'a pas été soulevée en première instance. Il appert toutefois qu'en appel, le défendeur a interprété des arrêts comme *Quebec North Shore Paper Company c. Canadien Pacifique Limitée*[2] et *McNamara Construction (Western) Limited c. La Reine*[3], de telle façon que la compétence conférée à la Division de première instance de la Cour fédérale est restreinte au point que la présente demande s'en trouve exclue.

En Cour d'appel fédérale, le juge en chef Jackett a conclu que la Cour fédérale était compétente. Il ne me semble pas vraiment nécessaire d'étudier plus à fond cette question car l'appel a été entendu avant que le juge en chef Laskin rende le jugement unanime de cette Cour dans l'affaire *Tropwood A.G., et les propriétaires du navire Tropwood c. Sivaco Wire & Nail Company et Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.*[4] Il y examine la jurisprudence récente relative à la compétence de la Cour fédérale et termine ses commentaires sur l'art. 22 comme suit (à la p. 161):

> Il est important de remarquer que les chefs de compétence énumérés au par. 22(2) sont alimentés, dans le cadre du droit applicable, par le droit maritime canadien ou toute autre loi du Canada en matière de navigation et de marine marchande.

Vu cet arrêt, je suis convaincu que la conclusion du juge en chef Jackett sur la question de la compétence est bien fondée.

Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1978], 2 C.F. 710 qui infirme le jugement rendu en première instance par le juge Walsh qui avait accordé des dommages-intérêts à Associated Metals & Minerals Corporation (ci-après appelée parfois la demanderesse) à l'encontre de la défenderesse, Worldwide Carriers Limited (ci-après appelée «Worldwide»), et qui avait rejeté l'action de la demanderesse contre la défenderesse, Aris Steamship Co. Inc. (ci-après appelée «Aris») ainsi que la demande incidente de cette compagnie. La Cour d'appel a rendu jugement en faveur des demandeurs contre Aris et

[2] [1977] 2 R.C.S. 1054.
[3] [1977] 2 R.C.S. 654.
[4] [1979] 2 R.C.S. 157, 99 D.L.R. (3d) 235.

result the Court of Appeal rendered judgment in favour of the plaintiffs against Aris and dismissed that company's cross-appeal.

The plaintiff's action is one for damages allegedly resulting from delays in the shipment and delivery of a cargo of pig iron carried aboard the vessel Evie W, a ship owned by Aris which had entered into a time charter with Worldwide, the last paragraph of which read as follows:

26. Nothing herein stated is to be construed as a demise of the vessel to the Time Charterers. The owners to remain responsible for the navigation of the vessel, Acts of Pilots and tugboats, insurance, crew, and all other matters, same as when trading for their own account.

It is thus clear that no part of the ownership of the vessel was transferred to Worldwide under this contract. As is usual in the case of such a time charter, the arrangement was that the ship was available to Worldwide which was responsible for obtaining cargo to fill the hull as circumstances and convenience dictated; the master and crew were provided by the owner Aris, and bills of lading covering cargo to be shipped were executed by the Master on the owner's behalf. Clause 8 of the charter defines the role of the Master as follows:

8. That the Captain shall prosecute his voyages with the utmost despatch, and shall render all customary assistance with ship's crew and boats. The Captain (although appointed by the Owners) shall be under the orders and directions of the Charterers as regards employment and agency; and Charterers are to load, stow, trim and discharge the cargo at their expense under the supervision of the Captain, who is to sign Bills of Lading for cargo as presented, in conformity with Mate's or Tally Clerk's receipts. Without prejudice to this Charter Party.

In the present case arrangements were made through Worldwide and its associates in the business, for a cargo of pig iron owned by the plaintiff to be taken aboard at Koverhar, Finland, destined for Toledo, Ohio and Hamilton, Ontario, a voyage which would obviously involve the use of the St. Lawrence Seaway. In accordance with arrange-

rejeté l'appel incident de cette dernière.

Dans son action, la demanderesse réclame des dommages-intérêts à cause du retard qui serait survenu dans l'expédition et la livraison d'une cargaison de fonte en gueuses chargée à bord du navire Evie W, propriété d'Aris qui avait conclu un contrat de charte-partie à temps avec Worldwide. Le dernier paragraphe de ce contrat se lit comme suit:

[TRADUCTION] 26. Rien dans le présent contrat ne doit être interprété comme un transfert de la gestion nautique du navire aux affréteurs à temps. Les propriétaires sont tenus de payer l'assurance et répondent de la navigabilité du navire, du fait des pilotes et des remorqueurs, de l'équipage et de toute autre chose, de la même manière que s'ils exploitaient le navire en leur nom personnel.

Il est donc évident aux termes de ce contrat que jamais la propriété du navire n'a été transférée à Worldwide. Comme le veut l'usage, cette charte-partie prévoit que le navire doit être mis à la disposition de Worldwide qui était chargée de lui trouver une cargaison selon les circonstances et les besoins; le propriétaire Aris devait fournir le capitaine et l'équipage, et les connaissements relatifs à la cargaison à expédier devaient être signés par le capitaine au nom du propriétaire. La clause 8 de la charte-partie définit le rôle du capitaine en ces termes:

[TRADUCTION] 8. Le capitaine effectuera tous ses voyages avec la plus grande célérité et donnera l'assistance coutumière avec l'équipage du navire et les bateaux. Le capitaine, même s'il est nommé par les propriétaires, sera sous les ordres des affréteurs pour toute question d'emploi ou de mandat; les affréteurs sont tenus de charger, d'arrimer et de décharger la cargaison à leurs frais, sous la surveillance du capitaine qui signe sur présentation les connaissements relatifs aux chargements effectués conformément aux reçus de bord ou aux reçus du pointeur. Le tout sans limiter la portée de la présente charte-partie.

En l'espèce, des dispositions ont été prises par l'intermédiaire de Worldwide et de ses associés commerciaux pour faire charger une cargaison de fonte en gueuses, propriété de la demanderesse, à Koverhar, en Finlande, à destination de Toledo (Ohio) et de Hamilton (Ontario). De toute évidence, le navire devait emprunter la Voie maritime

ments I have indicated, the bill of lading covering this cargo was signed by Captain Skovelis who was a director and shareholder of Aris. A separate cargo of plywood-veneer in which the plaintiff had no interest whatever was loaded on the same ship in Finland for transit to Great Lakes ports.

Various difficulties attributable to heavy weather and other marine hazards which need not be detailed, were encountered on the voyage from Finland although the trial judge made no finding as to perils of the sea. In any event, the weather which was encountered forced the vessel to put in to Greenoch for repairs on October 19, and once again gales of near hurricane force made it necessary for the ship to seek refuge at Plymouth and Falmouth in England, from which latter port she finally sailed on November 5. In the result, a voyage commenced at Koverhar in Finland on October 4, 1967, did not terminate until arrival at Montreal, Quebec, on the 22nd of November of that year, at which time it was found necessary to discharge some of the plywood-veneer cargo in order to lighten the vessel which was overloaded for Seaway transit. This unloading, and the intervention of a strike, resulted in Worldwide notifying the shippers of the veneer that it would not deliver that cargo as agreed but would offload it in Montreal. A dispute arose as to whether Worldwide or the shipper should defray the cost of offloading and this culminated in the plywood cargo owners arresting the ship. A further dispute then arose between Aris, Worldwide and the insurer as to which would post a bond to allow the vessel to proceed thus causing added delays resulting in arrangements having to be made for as much of the pig iron as possible to be shipped to its proper destination by other vessels. A substantial part of the pig iron cargo could not however be shipped in this fashion and it was necessary for the shipper to arrange for the transportation of this remaining cargo to its destination by rail. It is the cost of this latter arrangement which is the subject matter of the plaintiff's claim for damages in the present case.

du Saint-Laurent. Conformément aux dispositions dont j'ai parlé, le connaissement portant sur cette cargaison a été signé par le capitaine Skovelis, un administrateur et actionnaire d'Aris. Une cargaison distincte de contreplaqué affiné, dans laquelle la demanderesse n'avait aucun intérêt, a été chargée à bord du même navire en Finlande à destination des ports des Grands lacs.

Le voyage, qui a débuté en Finlande, a connu des difficultés de tous ordres à cause du gros temps et d'autres risques maritimes qu'il n'est pas nécessaire de relater, mais le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la question des événements de mer. Quoi qu'il en soit, à cause du mauvais temps, le navire a dû faire escale à Greenoch, le 19 octobre, pour être réparé; mais à nouveau, des vents d'une violence de quasi-ouragan l'ont forcé à chercher refuge à Plymouth et à Falmouth en Angleterre, port qu'il a finalement quitté le 5 novembre. Tout compte fait, le voyage qui a commencé à Koverhar en Finlande le 4 octobre 1967 ne s'est terminé que le 22 novembre suivant à Montréal (Québec). Il a été jugé nécessaire à ce moment-là de décharger une partie de la cargaison de contreplaqué affiné afin d'alléger le navire, qui était trop chargé pour emprunter la Voie maritime. En raison de ce déchargement et d'une grève, Worldwide a dû aviser les expéditeurs du contreplaqué qu'elle ne pouvait livrer la cargaison comme convenu et qu'elle la déchargeait à Montréal. La question de savoir qui, de Worldwide ou de l'expéditeur, devait défrayer le coût du déchargement a entraîné un différend qui s'est terminé par la saisie du navire par les propriétaires de la cargaison de contreplaqué. Un autre différend est alors survenu entre Aris, Worldwide et l'assureur sur la question de savoir qui allait fournir un cautionnement pour permettre au navire de se rendre à destination. Ceci a causé d'autres retards d'où l'obligation d'organiser le transport de toute la quantité possible de fonte en gueuses sur d'autres navires jusqu'à destination. Une partie importante de cette cargaison ne pouvait toutefois pas être expédiée de cette manière et l'expéditeur a dû organiser le transport du reste de la cargaison par chemin de fer jusqu'à destination. C'est le coût de cette dernière opération que la demanderesse réclame dans la présente action en dommages-intérêts.

The learned trial judge made the following comment on the facts which I have recited:

It is true that if the vessel had not been overloaded for Seaway transit none of the plywood veneer cargo need have been discharged in Montreal and she could have proceeded through the Seaway as soon as the necessary Seaway fittings and repairs were completed and delivered plaintiffs' cargo to its appointed destination in accordance with the terms of the charter. However, despite the necessity of discharging part of the veneer cargo in Montreal and the resulting delays consequent thereon, I have concluded that she still could have proceeded through the Seaway in time to deliver the cargo before the winter freeze up had not two events taken place which prevented this, namely:

(a) the decision by the time-charterers, Worldwide, on November 22, 1967, to terminate the voyage at Montreal and their notification of this decision to the owners of the plywood cargo, which decision was made solely by them, without consultation with, and approval of either the owners, Aris, or of the plaintiffs; and

(b) as a consequence of this notification the seizure put on the vessel by the parties interested in the plywood cargo on November 23, 1967.

As previously indicated, it appears that although the veneer cargo had been damaged and this was evident when the unloading from the deck commenced, the parties interested in the plywood would nevertheless apparently have been willing to let the ship proceed to destination as may be inferred from the message from their surveyors of November 22. Once they had been advised, however, that the vessel would not proceed through the Seaway they then had a claim not only for the damages already ascertained to the veneer wood but also for delays in delivery, or non-delivery, to the final destination and quite properly had the vessel seized. It was this seizure which prevented the completion of the voyage and not the overloading for Seaway transit which could readily be and was, in fact, remedied in time to permit this transit to be made.

Moreoever, defendant Worldwide refused to put up a bond to permit the vessel to proceed, which was of course consistent with its previous decision to terminate the voyage at Montreal, in any event.

The owner of the plywood-veneer cargo is not a party to this action and while its dispute with Worldwide culminating in the seizure of the vessel,

Le savant juge de première instance a commenté en ces termes les faits que j'ai relatés:

[TRADUCTION] Il est vrai que si le navire n'avait pas été trop chargé pour emprunter la Voie maritime, il n'aurait pas été nécessaire de décharger une partie de la cargaison de contreplaqué affiné à Montréal. Le navire aurait ainsi pu prendre la Voie maritime aussitôt terminées l'installation de l'équipement pour la Voie maritime et les réparations, et il aurait été en mesure de livrer la cargaison de la demanderesse au point de destination convenu dans la charte-partie. Toutefois, nonobstant la nécessité de décharger une partie de la cargaison de contreplaqué à Montréal et les retards consécutifs, je conclus que le navire aurait été en mesure de prendre la Voie maritime à temps pour livrer la cargaison avant le gel d'hiver n'eussent été deux événements:

a) la décision prise le 22 novembre 1967 par les affréteurs à temps, Worldwide, de mettre fin au voyage à Montréal et la notification de cette décision aux propriétaires de la cargaison de contreplaqué, décision qu'ils ont prise seuls sans avoir consulté les propriétaires, Aris, ni les demandeurs et sans avoir reçu leur approbation; et

b) suite à cette notification, la saisie du navire le 23 novembre 1967 par les parties ayant un droit sur la cargaison de contreplaqué.

Comme je l'ai déjà souligné, il appert que malgré les dommages causés à la cargaison, ce qui a été constaté dès le début du déchargement, les parties ayant un droit sur le contreplaqué auraient été disposées à laisser le navire se rendre à destination, comme on peut le déduire d'un message envoyé par leurs experts le 22 novembre. Toutefois, une fois avisées que le navire ne prendrait pas la Voie maritime, elles avaient alors le droit de présenter une réclamation non seulement pour les dommages déjà causés au contreplaqué mais également pour les dommages découlant du retard dans la livraison, ou de la non-livraison, de la cargaison à son point de destination. Elles ont donc, à juste titre, procédé à la saisie du navire. C'est à cause de cette saisie que le voyage n'a pu être complété et non à cause de la surcharge à laquelle on pouvait facilement remédier à temps pour permettre au navire de poursuivre son voyage, ce qui fut d'ailleurs fait.

De plus, la défenderesse, Worldwide, a refusé de fournir le cautionnement qui aurait permis au navire de poursuivre son voyage, ce qui est bien entendu conforme à sa décision antérieure de mettre fin au voyage à Montréal en tout état de cause.

Le propriétaire de la cargaison de contreplaqué affiné n'est pas partie à la présente action. Bien que son différend avec Worldwide, qui s'est ter-

was a factor in causing the damage of which the plaintiff now complains, it nevertheless has no bearing on the question of the liability of Aris to Associated Metals and Minerals Corp. The true issue here is whether the damages sustained by the plaintiff are recoverable from Aris as owner or Worldwide as charterer; whether or not the owners of the plywood cargo have a good cause of action against Worldwide and, indeed, whether, in that event, the latter company would be entitled to be indemnified by Aris are questions which do not arise here.

The trial judge adopted the view that there was no contractual relationship between Aris and the plaintiff relating to the delivery of the cargo and that the bills of lading were signed by the captain as agent for the charterer. Like Chief Justice Jackett, and for the reasons which he states, I cannot subscribe to this proposition and on the other hand incline to the view that both the captain and the charterer were acting as agents for the owner in fulfilling the terms of the contract evidenced by the bill of lading.

I adopt the following passage from the reasons for judgment of Chief Justice Jackett as containing an accurate assessment of the relationship of the parties:

I turn to the substantive question involved in the appeal, which as I understand it is whether, on the facts of this case, the learned Trial Judge erred in holding that the appellant's contract of carriage was not a contract with the respondent as the owner and operator of the vessel whose servant, the Master of the vessel, in accordance with the complicated arrangements that governed the entering into of contracts with shippers for carriage of goods on the vessel, signed the bills of lading in respect of the carriage of the appellant's goods. I have not been able to identify any respect in which the facts in this case differ from the facts that were under consideration by the Supreme Court of Canada in *Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* [1951] S.C.R. 852 in such a way as to avoid the same conclusion in this case as was reached by the Supreme Court of Canada in that case. In the absence of some relevant difference, I am of the view that the learned Trial Judge erred in not holding that the appellant's contract of carriage was with the respondent.

miné par la saisie du navire, soit l'un des facteurs à l'origine des dommages dont se plaint maintenant la demanderesse, celui-ci n'influe toutefois pas sur la question de la responsabilité d'Aris à l'égard d'Associated Metals and Minerals Corp. La véritable question est celle de savoir si les dommages subis par la demanderesse sont recouvrables d'Aris à titre de propriétaire ou de Worldwide à titre d'affréteur. La question de savoir si les propriétaires de la cargaison de contreplaqué ont une cause d'action valable à l'encontre de Worldwide et bien sûr celle de savoir si, dans l'affirmative, cette dernière a le droit d'être indemnisée par Aris, ne se posent pas ici.

Le juge de première instance était d'avis qu'il n'existait aucun lien contractuel entre Aris et la demanderesse relativement à la livraison de la cargaison et que les connaissements avaient été signés par le capitaine en sa qualité de mandataire de l'affréteur. A l'instar du juge en chef Jackett et pour les motifs qu'il expose, je ne peux souscrire à cette proposition. Par ailleurs, je suis porté à croire que le capitaine et l'affréteur agissaient en leur qualité de mandataires du propriétaire dans l'exécution du contrat constaté par le connaissement.

J'adopte le passage suivant tiré des motifs de jugement du juge en chef Jackett qui renferme, à mon avis, une évaluation exacte des relations entre les parties:

Je vais examiner sur le fond le présent appel. Il s'agit, à mon avis, de déterminer si, en l'espèce, le savant juge de première instance a fait erreur en concluant que le contrat de transport de l'appelante n'a pas été un contrat conclu avec l'intimée en tant que propriétaire et exploitante du navire dont le capitaine, préposé de ladite propriétaire, a signé les connaissements concernant le transport des marchandises de l'appelante, conformément aux arrangements complexes régissant les contrats avec les affréteurs pour le transport des marchandises par mer. Je ne vois pas en quoi les circonstances de l'espèce diffèrent de celles prises en considération par la Cour suprême du Canada dans *Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852 ni pourquoi je devrais en venir à une autre conclusion que celle de la Cour suprême dans l'arrêt précité. A défaut de différence pertinente, je suis d'avis que le savant juge de première instance a fait erreur en concluant que l'appelante n'a pas conclu de contrat de transport avec l'intimée.

The charter party considered in the *Paterson*[5] case was indeed virtually identical with that which is at issue here and after reciting certain of its provisions, Mr. Justice Rand went on to say at p. 854:

Under such a charter, and in the absence of an undertaking on the part of the charterer, the owner remains the carrier for the shipper, and in issuing bills of lading the captain acts as his agent. In this case, the bill of lading was signed for the captain by the agents appointed by the charterers certainly for themselves and probably for the vessel also and that fact raises the first of the only two points deserving consideration.

It is, I think, too late in the day to call in question the relation to the time charterer or his or the ship's agent towards cargo. The charterer has purchased the benefit of the carrying space of the ship; he is the only person interested in furnishing cargo; and the captain is bound to sign the bills of lading as presented, assuming them not to be in conflict with the terms of the charter party. The practical necessities involved in that situation were long ago appreciated by the courts and the authority of the charterer to sign for the captain confirmed.

In the same case Mr. Justice Locke delivered reasons for judgment which included the following paragraph at p. 860:

While the charterer was thus empowered to decide on the manner of the employment of the ship and to appoint agents for the ship at points of call, possession of the vessel remained in the appellant through the Captain. The rule applicable is stated by Channell J. in *Wehner v. Dene Steam Shipping Company*, [1905] 2 K.B. 92 at 98, as being that in ordinary cases, where the charterparty does not amount to a demise of the ship and possession remains with the owner, the contract is made not with the charterer but with the owner. In Carver, 9th Ed. p. 250, the following passage appears:

It would seem then that the ship owner is a party to the bill of lading contract; and, that being so, he must be entitled on his side to treat the contract of the

[5] *Sub. nom. Paterson Steamships Ltd. v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] S.C.R. 852.

La charte-partie examinée dans l'affaire *Paterson*[5] était de fait virtuellement identique à celle en litige ici; après avoir cité certaines de ses clauses, le juge Rand poursuit, à la p. 854:

[TRADUCTION] Aux termes d'une charte-partie de cette nature et en l'absence d'un engagement de la part de l'affréteur, le propriétaire demeure le transporteur à l'égard de l'expéditeur et, quand il délivre des connaissements, le capitaine agit en tant que mandataire du propriétaire. En l'espèce, le connaissement a été signé pour le capitaine par les mandataires nommés par les affréteurs très certainement en leur nom et probablement aussi au nom du navire. Ce fait soulève le premier des deux seuls points qui méritent d'être étudiés.

A mon avis, il est trop tard pour mettre en doute les obligations de l'affréteur à temps ou de son mandataire ou de celui du navire quant à la cargaison. L'affréteur achète le privilège de se servir de l'espace destiné au transport sur le navire; il est la seule personne intéressée à fournir une cargaison; et le capitaine est tenu de signer les connaissements qu'on lui présente, car il doit présumer qu'ils sont conformes aux termes de la charte-partie. Les nécessités d'ordre pratique nées de cette situation ont depuis longtemps été reconnues par les tribunaux et le pouvoir de l'affréteur de signer au nom du capitaine est depuis longtemps confirmé.

Dans la même affaire, M. le juge Locke a également rédigé des motifs de jugement dont voici un extrait à la p. 860:

[TRADUCTION] Bien que l'affréteur ait ainsi eu le pouvoir de décider de l'utilisation du navire et de nommer des mandataires du navire aux ports d'escale, le navire demeurait en la possession de l'appelante par l'intermédiaire du capitaine. La règle applicable a été formulée par le juge Channell dans *Wehner v. Dene Steam Shipping Company*, [1905] 2 K.B. 92, à la p. 98, savoir qu'en temps normal, lorsque la charte-partie ne prévoit pas le transfert de la gestion nautique et commerciale du navire et que ce dernier demeure en la possession du propriétaire, le contrat est alors conclu avec le propriétaire et non avec l'affréteur. L'extrait suivant est tiré de Carver, 9e éd., à la p. 250:

A mon avis, le propriétaire du navire est partie au contrat de transport sous connaissement et, à ce titre, il a le droit de considérer le contrat conclu avec

[5] *Sub. nom. Paterson Steamships Ltd. c. Aluminum Co. of Canada Ltd.*, [1951] R.C.S. 852.

shipper as made with himself as principal and to sue for breaches of it. This is, in fact, recognized by allowing him to make claims under the bills of lading against consignees; for example, for demurrage and for freight, even though the bills of lading refer to a charter party. In effect, then, the contract is in general with the ship owner; and the master should be regarded as having made it on his behalf and not on behalf of the charterer.

It will be seen that I agree with the Federal Court of Appeal in holding that Aris Steamship Co. Inc. as the owner of the carrying vessel is responsible for the damage sustained by the plaintiff. I would accordingly dismiss this appeal and dispose of the matter in the manner proposed by Chief Justice Jackett.

This appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Chauvin, Marler & Beaudry, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.

l'expéditeur comme s'il s'agissait d'un contrat conclu avec lui-même en sa qualité de mandant et d'intenter des poursuites pour violation du contrat. On lui reconnaît effectivement ce droit car on lui permet de faire des réclamations au consignataire en vertu des connaissements; par exemple, pour le paiement des surestaries ou du fret, même si les connaissements font état d'une charte-partie. Donc, en général, le contrat est effectivement conclu avec le propriétaire du navire et le capitaine est réputé l'avoir conclu pour le compte du propriétaire et non de l'affréteur.

Comme on le voit, je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale et conclus qu'Aris Steamship Co. Inc., à titre de propriétaire du navire transporteur, est responsable des dommages subis par la demanderesse. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi et de statuer sur l'affaire de la manière proposée par le juge en chef Jackett.

Ce pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Chauvin, Marler & Beaudry, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lang, Michener, Cranston, Farquharson & Wright, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Michael McLaughlin *Respondent.*

1980: June 23; 1980: July 18.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Estey and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Criminal law — Fraudulent use of telecommunication facilities — Computer — Criminal Code, s. 287(1)(b).

The accused was convicted of theft in that he without colour of right used a computer to obtain internal progammes of the computer and information from other persons' files in the computer contrary to s. 287(1)(*b*) of the *Criminal Code*. The trial judge held that the computer system consisting of the central processing unit, the memory and the printers and connected terminals constituted a telecommunication facility within the meaning of s. 287(1)(*b*) of the *Code*. The appeal from the conviction was allowed by a majority of the Alberta Court of Appeal. Morrow J.A. stated that the accent of a computer system is computing or calculation, with the relay or communication aspect only incidental and therefore such a device did not constitute a telecommunication facility.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and Lamer JJ.: What is involved here is a data processing facility as opposed to a telecommunication facility. Although there was transmission of intelligence from one part of the facility to another, there was no reception by other facilities nor emissions from the facility. What was aimed at in s. 287 is the theft of information from a facility through which it is *channelled*. The function of a computer is not the *channelling* of information to outside recipients so as to be susceptible to unauthorized use but rather to permit the making of complex calculations and to process, correlate, store and retrieve information. Criminal statutes should, where there is uncertainty or ambiguity of meaning, be construed in favour of rather than against an accused. The accused must be brought fully within the statute and cannot be held guilty of a violation if it is only applicable in part. In this case the conduct of the accused was not clearly caught

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Michael McLaughlin *Intimé.*

1980: 23 juin; 1980: 18 juillet.

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

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

Droit criminel — Utilisation frauduleuse d'installations de télécommunication — Ordinateur — Code criminel, art. 287(1)b).

L'accusé a été déclaré coupable de vol parce que, sans apparence de droit, il s'est servi d'un ordinateur afin d'obtenir des programmes internes de l'ordinateur et des renseignements tirés de fichiers que d'autres personnes y ont versés, contrairement à l'al. 287(1)*b*) du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que le système informatique qui comprend l'unité centrale de traitement, la mémoire, les imprimantes et les terminaux constitue une installation de télécommunication au sens de l'al. 287(1)*b*) du *Code*. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a accueilli l'appel interjeté de la déclaration de culpabilité. Le juge Morrow a affirmé que l'essence d'un système informatique est le calcul et que l'aspect relais ou communication n'est qu'accessoire de sorte qu'un appareil semblable ne constitue pas une installation de télécommunication.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et Lamer: C'est une installation de traitement de données qui est en cause ici plutôt qu'une installation de télécommunication. Bien qu'il y ait eu transmission de renseignements d'une partie de l'installation vers une autre, il n'y a pas eu réception par d'autres installations ni émission à partir de l'installation en cause. Ce qui est visé par l'art. 287 est le vol de renseignements d'une installation par laquelle on les *canalise*. La fonction de l'ordinateur n'est pas la *canalisation* de renseignements vers des destinataires extérieurs, ce qui pourrait le rendre susceptible d'usage non autorisé; il sert plutôt à effectuer des calculs complexes, à traiter et à mettre en corrélation des renseignements et à les mettre en mémoire pour pouvoir les récupérer. Lorsque leur sens est incertain ou ambigu, les lois en matière criminelles doivent être interprétées en faveur plutôt qu'à l'encontre de l'accusé. La loi doit être carrément applicable à

by the statute so as to warrant a conviction.

Per Ritchie and Estey JJ.: An essential characteristic of a "telecommunication" is the "transmission ... of signals". Transmission connotes delivery from an origination point to a reception point. It does not connote a conceptual transfer of something with neither sender nor receiver, such as the electromagnetic impulses which flow inside a computer during its operation. It is useful to note that the same definition of "telecommunication" is used in various broadcasting legislation unrelated to the licensing or regulation of computers.

Maltais v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 441, referred to.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal[1], setting aside the conviction of the respondent. Appeal dismissed.

M. D. Thachuk, for the appellant.

Dan Hagg, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and Lamer JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here as of right pursuant to *Criminal Code*, s 621(1)(*a*), is whether theft is committed, contrary to *Criminal Code*, s. 287(1)(*b*), where a person, without colour of right, uses a computer to obtain internal programmes of the computer and information from other persons' files in the computer. The issue is a narrow one, turning on whether the appropriation of the programmes and other information involves use of a "telecommunication facility".

Section 287(1)(*b*) reads as follows:

287.(1) Every one commits theft who fraudulently, maliciously, or without colour of right,

. . .

(*b*) uses any telecommunication facility or obtains any telecommunication service.

[1] (1979), 19 A.R. 368.

l'accusé et il ne peut être déclaré coupable d'une infraction si elle ne lui est applicable qu'en partie. Dans cette affaire, le *Code* ne vise pas clairement la conduite de l'accusé de façon à justifier une déclaration de culpabilité.

Les juges Ritchie et Estey: Une des caractéristiques essentielles d'une «télécommunication» est la «transmission ... de signaux». Le terme «transmission» comporte l'idée d'un acheminement d'un point d'origine à un point de réception. Il ne connote pas un transfert conceptuel de quelque chose sans émetteur ni récepteur, comme les impulsions électromagnétiques qui circulent à l'intérieur d'un ordinateur lorsque ce dernier fonctionne. Il est utile de noter que la même définition de «télécommunication» est employée dans les diverses lois sur la diffusion qui n'ont aucun rapport avec le permis d'exploitation et la réglementation des ordinateurs.

Jurisprudence: *Maltais c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 441.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a infirmé la déclaration de culpabilité de l'intimé. Pourvoi rejeté.

M. D. Thachuk, pour l'appelante.

Dan Hagg, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson et Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question en litige dans ce pourvoi interjeté de plein droit conformément à l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel* est de savoir si une personne commet un vol contrairement à l'al. 287(1)*b*) du *Code criminel* lorsque, sans apparence de droit, elle se sert d'un ordinateur afin d'obtenir des programmes internes de l'ordinateur et des renseignements tirés de fichiers que d'autres personnes y ont versés. La question est étroite: il s'agit de savoir si l'appropriation de programmes et autres renseignements implique l'utilisation d'une «installation de télécommunication».

L'alinéa 287(1)*b*) se lit comme suit:

287. (1) Commet un vol quiconque, frauduleusement, malicieusement ou sans apparence de droit,

. . .

b) se sert d'installations ou obtient un service en matière de télécommunication.

[1] (1979), 19 A.R. 368.

Subsection 2 defines "telecommunication" to mean "any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by radio, visual, electronic or other electromagnetic system".

The accused was indicted on two counts, one of theft under s. 287(1)(*b*) and one of mischief under s. 387(1)(*c*). He was acquitted on the second count and it is no longer in issue. However, he was convicted on the theft count by Hope J. who held that the computer system, consisting of the central processing unit (the main frame), the memory and the printers and connected terminals (of which there were about three hundred at the material time) constituted a "telecommunication facility" which was used by the accused. This brought him, according to the trial judge, within the terms of s. 287(1)(*b*). Hope J. apparently did not find it necessary to examine whether there was a "transmission" or "reception" involved in the use made of the computer by the accused, as those terms are found in the statutory definition of "telecommunication". After referring to the evidence touching the components of the computer system, he concluded as follows:

> ... I am satisfied beyond a reasonable doubt that the computer in all its components is a telecommunication facility within the meaning of the very wide definition that I have previously mentioned.

The accused's appeal from his conviction was allowed by a majority of the Alberta Court of Appeal, McClung J., *ad hoc*, dissenting. Morrow J.A. who spoke for the majority (Laycraft J.A. concurring with him) said that the evidence showed that "the unauthorized use was with respect to processing of material although it had to move from the central processing unit to the actual access point being used by the appellant". Proceeding from this, and noting the principle that any ambiguity in a criminal provision should be resolved in favour of the accused, he then adopted the approach in *Maltais v. The Queen*[2], (to which I will refer later in these reasons) and came to the following determination:

[2] [1978] 1 S.C.R. 441.

Aux termes du par. 287(2), «télécommunication» désigne «toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature, par radio, par un procédé visuel, électronique ou électromagnétique».

L'intimé a été accusé sur deux chefs, d'une part de vol contrairement à l'al. 287(1)*b*) et d'autre part de méfait contrairement à l'al. 387(1)*c*). Vu son acquittement sur le second chef, la question du méfait ne se pose plus. Il a toutefois été déclaré coupable de vol par le juge Hope. Ce dernier a conclu que le système informatique qui comprend l'unité centrale de traitement, la mémoire, les imprimantes et les terminaux (il y en avait environ trois cents à l'époque en cause), constitue une «installation de télécommunication» dont s'était servi l'accusé. Selon le juge du procès, cela rendait les dispositions de l'al. 287(1)*b*) applicables à l'accusé. Le juge Hope n'a pas cru nécessaire d'étudier la question de savoir si l'utilisation de l'ordinateur par l'accusé constituait une «transmission» ou une «réception», au sens que leur attribue la définition de «télécommunication» dans le *Code*. Après s'être reporté à la preuve concernant les composantes du système informatique, il conclut en ces termes:

> [TRADUCTION] ... Je suis convaincu au-delà de tout doute raisonnable que l'ordinateur, considéré avec toutes ses composantes, constitue une installation de télécommunication au sens de la définition très large que j'ai antérieurement citée.

La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité (le juge McClung, *ad hoc*, étant dissident), a accueilli l'appel interjeté par l'accusé de sa déclaration de culpabilité. Selon le juge Morrow, qui a exprimé l'opinion majoritaire (à laquelle le juge Laycraft a souscrit), la preuve démontre que [TRADUCTION] «l'utilisation non autorisée a porté sur le traitement des données, même si elles devaient circuler de l'unité centrale de traitement au point d'accès effectivement utilisé par l'appelant». Vu cette conclusion et compte tenu du principe que toute ambiguïté en matière criminelle doit jouer en faveur de l'accusé, il a alors adopté la démarche suivie dans l'arrêt *Maltais c. La Reine*[2], (auquel je me reporterai un peu plus loin dans ces motifs) et est parvenu à la conclusion suivante:

[2] [1978] 1 R.C.S. 441.

... I am unable to read "telecommunication facility" along with the statutory definition of "telecommunication" as having application to the unit or device with all its various components under consideration in the present case. The whole accent here is on computing or calculation with the relay or communication aspect as only incidental. It seems to me it would be an improper extrusion of the language to hold that such a device constituted a telecommunication facility.

McClung J., *ad hoc*, in his dissent referred to the purpose for which the computer and its access lines were constructed, namely, as a time sharing service for the various programmes at the University of Alberta which owned the computer, with access to it permitted both from inside and outside the university. He was of the view that "this could only be done by telecommunication and the appellant, obviously, was aware of it", and he supported the conviction in the following terms:

... His asportation of the data provided by the central processing system was made possible by the very telecommunication that he now denounces as ancillary to it. The evidence persuades me that the facility intercepted by the accused was a computer designed to electronically receive and furnish information with speed and convenience to a wide but selective audience of recipients. The electronic transmission of the information was not incidental to its function—it was integral of it.

Section 287 has a history which began in simpler times when electricity alone was the protected resource, as expressed in the *Electric Lighting Act*, 1882 (Imp.), c. 56, s. 23, making it an offence maliciously or fraudulently to, *inter alia*, abstract or use any electricity. This provision was adopted in Canada by *The Electric Light Inspection Act*, 1894 (Can.), c. 39, s. 10, and was carried into s. 351 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146. It was the same numbered provision in the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36. In 1934, the prohibition was extended to encompass the use of a telephone or telegraph line or the obtaining of telephone or telegraph service maliciously or fraudulently: see 1934 (Can.), c. 47, s. 10. In the revision and re-enactment of the *Criminal Code* by 1953-54 (Can.), c. 51, "gas" was brought within the prohibition which became s. 273. This section was

[TRADUCTION] ... Compte tenu de la définition du terme «télécommunication» donnée par le Code, il m'est impossible d'appliquer l'expression «installation de télécommunication» à l'unité ou à l'appareil en cause ici considéré avec toutes ses composantes. En l'espèce, l'accent est mis en entier sur le calcul et l'aspect relais ou communication n'est qu'accessoire. A mon avis, ce serait étendre de façon abusive le sens de la disposition législative que de conclure qu'un appareil semblable équivaut à une installation de télécommunication.

Dans ses motifs de dissidence, le juge McClung fait référence au but visé par la construction de l'ordinateur et de ses lignes d'accès, savoir mettre sur pied un service en temps partagé pour les divers programmes de l'Université de l'Alberta, propriétaire de l'ordinateur, avec un accès possible de l'intérieur et de l'extérieur de l'Université. A son avis [TRADUCTION] «cela ne pouvait fonctionner que par télécommunication et, de toute évidence, l'appelant le savait». Il a appuyé la déclaration de culpabilité en ces termes:

[TRADUCTION] ... L'emport de données fournies par l'unité centrale de traitement a été rendu possible par la télécommunication même qu'il qualifie maintenant d'accessoire. La preuve me convainc que l'installation interceptée par l'accusé est un ordinateur destiné à recevoir électroniquement des données et à les transmettre avec rapidité et commodité à un public vaste mais sélectif. La transmission électronique des données n'était pas accessoire à sa fonction; elle en faisait partie intégrante.

L'histoire de l'art. 287 remonte à une époque beaucoup plus simple où l'électricité était la seule ressource protégée comme l'indique la *Electric Lighting Act*, 1882 (Imp.), chap. 56, art. 23. Ainsi commettait une infraction quiconque soustrayait ou utilisait, malicieusement ou frauduleusement, de l'électricité. Cette disposition est devenue au Canada l'art. 10 de l'*Acte d'inspection de la lumière électrique*, 1894 (Can.), chap. 39. Elle fut intégrée au *Code criminel* à l'art. 351, S.R.C. 1906, chap. 146. On la trouve sous le même numéro dans les S.R.C. 1927, chap. 36. En 1934, le législateur a élargi la portée de l'interdiction afin d'englober l'usage d'une ligne téléphonique ou télégraphique ou l'obtention d'un service téléphonique ou télégraphique de manière malicieuse ou frauduleuse: voir 1934 (Can.), chap. 47, art. 10. Dans la refonte du *Code criminel* de 1953-54

repealed by 1960-61 (Can.), c. 43, s. 6, and the following substituted:

273. (1) Every one commits theft who fraudulently, maliciously, or without colour of right,

(*a*) abstracts, consumes or uses electricity or gas or causes it to be wasted or diverted; or

(*b*) uses any telecommunication wire or cable or obtains any telecommunication service.

(2) In this section, "telecommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire or cable.

It was this provision which, as R.S.C. 1970, c. C-34, s. 287, was before this Court in *Maltais v. The Queen*, *supra*. In that case, Dickson J., speaking for the full Court, held that "telecommunication", defined to mean transmission by wire or cable, did not cover transmission by air waves and hence did not embrace radio transmission. What was involved in the *Maltais* case was the seizure of a radio station by teachers seeking to air their grievances. The microphone in the radio station studio was commandeered to broadcast their views. Broadcasts went by wire to a transmitting tower a mile away and, from there, were transmitted by Hertzian waves to receiving sets in various homes. This Court, dealing as it was with a charge of theft as a statutory crime, refused to draw a distinction between a transmission which was partly by wire and cable and a transmission which was wholly by wire and cable. The effective transmission was radio transmission and this was not then covered by s. 287.

The *Maltais* case is not of direct assistance here in construing and applying the present s. 287(1)(*b*), although it does affirm the general rule that in construing criminal statutes they should, where there is uncertainty or ambiguity of meaning, be construed in favour of rather than against an accused. In short, he must be brought fully within the statute and cannot be held guilty of a violation if it is only applicable in part. It is clear now, as it was not in the *Maltais* case, that radio

(Can.), chap. 51, on a étendu l'interdiction au «gaz», à l'art. 273. Cet article a été abrogé par 1960-61 (Can.), chap. 43, art. 6, et remplacé par le texte suivant:

273. (1) Commet un vol quiconque, frauduleusement, malicieusement ou sans apparence de droit,

a) soustrait, consomme ou emploie de l'électricité ou du gaz ou fait en sorte qu'il y ait gaspillage ou détournement d'électricité ou de gaz, ou

b) se sert d'un fil ou câble de télécommunication ou obtient un service de télécommunication.

(2) Au présent article, «télécommunication» signifie toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, écrits, images ou sons ou de renseignements de toute nature par fil ou câble.

C'est cet article, devenu l'art. 287 des S.R.C. 1970, chap. C-34, que cette Cour a étudié dans *Maltais c. La Reine*, précité. Parlant au nom de la Cour au complet, le juge Dickson y a conclu que le terme «télécommunication», qui signifie selon sa définition la transmission par fil ou câble, ne vise pas la transmission par ondes hertziennes et par conséquent ne comprend pas la transmission par radio. Dans l'affaire *Maltais*, des professeurs s'étaient emparés d'une station radiophonique pour diffuser leurs griefs. Le micro de la station radiophonique fut réquisitionné pour leur permettre de diffuser leur point de vue. Les programmes étaient transmis par fil jusqu'à la tour émettrice située un mille plus loin, puis par ondes hertziennes jusqu'aux postes de radio des auditeurs. Saisie d'une accusation de vol, infraction criminelle prévue par la loi, cette Cour a refusé de faire une distinction entre les transmissions faites partiellement et celles faites entièrement par fil et câble. La transmission en cause relevait des transmissions par radio et n'était pas encore visée par l'art. 287.

L'arrêt *Maltais* n'est d'aucune utilité directe en l'espèce pour l'interprétation et l'application de l'actuel al. 287(1)*b*), même s'il confirme la règle générale d'interprétation des lois en matière criminelle voulant que, lorsque le sens d'un article est incertain ou ambigu, l'article doit être interprété en faveur plutôt qu'à l'encontre de l'accusé. Bref, la loi doit lui être carrément applicable et il ne peut être déclaré coupable d'une infraction si elle ne lui est applicable qu'en partie. Il est maintenant

and television broadcasting facilities are covered by the re-enacted s. 287.

I have no doubt that a computer system may be termed a "facility", as being something built, installed or established to serve a particular function or to accomplish some end or provide a certain service. Is it, however, a facility constructed to serve a telecommunication function, within the definition of "telecommunication" in s. 287(2)?

"Transmission ... or reception of ... intelligence of any nature" connotes to me, in the light of the history of s. 287, that what is aimed at is the theft of information from a facility through which it is channelled. True, what is involved here is an electronic system, but the function of the computer is not the channelling of information to outside recipients so as to be susceptible in that respect to unauthorized use. Rather, it is to permit the making of complex calculations, to process and correlate information and to store it, and to enable it to be retrieved. The distinction I would draw is, admittedly, narrow. However, I do not think that using a terminal, as did the accused, to plug into the central processing unit and to retrieve information stored there brings such use within s. 287(1)(*b*). The use of the terminal itself would not bring s. 287(1)(*b*) into play, and the fact that the accused, by using the terminal, was able to make electronic connection with the central processing unit to capture information that was stored there does not advance the case against him.

What is involved here is a data processing facility rather than a telecommunication facility, although it incorporates electronic equipment. Taking the facility as a whole (the central processing unit and the terminals), there was no transmission or reception externally. Although there was transmission of intelligence from one part of the facility to another, there was no reception by other facilities nor emissions from this facility. In my opinion, the conduct of the accused is not so

clair, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Maltais*, que l'art. 287, dans sa nouvelle forme, englobe les installations de radiodiffusion et de télévision.

Il ne fait aucun doute à mon avis qu'un système d'ordinateur constitue une «installation», en ce sens que c'est un appareil construit, installé ou mis sur pied pour remplir une fonction précise, répondre à un objectif ou fournir un service donné. S'agit-il toutefois d'une installation construite pour remplir une fonction de télécommunication au sens de la définition du terme «télécommunication» au par. 287(2)?

Vu l'histoire de l'art. 287, l'expression «transmission ... ou réception de ... renseignements de toute nature» comporte selon moi l'idée que l'on vise le vol de renseignements d'une installation dans laquelle on les canalise. Il est vrai que ce qui est en cause en l'espèce est un système électronique, mais la fonction de l'ordinateur n'est pas la canalisation de renseignements vers des destinataires extérieurs, ce qui pourrait le rendre susceptible d'usage non autorisé à cet égard. L'ordinateur sert plutôt à effectuer des calculs complexes, à traiter et à mettre en corrélation des renseignements et à les mettre en mémoire pour pouvoir les récupérer. J'admets que cette distinction est mince. Toutefois, je n'estime pas qu'utiliser un terminal comme l'a fait l'accusé, savoir se brancher sur l'unité centrale en vue de récupérer des renseignements qui y sont emmagasinés, en fait une infraction à l'al. 287(1)*b*). L'utilisation du terminal lui-même ne fait pas jouer l'al. 287(1)*b*) et le fait qu'en utilisant le terminal, l'accusé ait pu faire un raccordement électronique avec l'unité centrale de traitement afin d'obtenir des renseignements qui étaient emmagasinés n'ajoute rien à la preuve à charge.

C'est une installation de traitement de données qui est en cause ici plutôt qu'une installation de télécommunication, même si elle renferme de l'équipement électronique. Si l'on considère l'installation comme un tout (c'est-à-dire l'unité centrale de traitement et les terminaux), il n'y a eu aucune transmission ou réception à l'extérieur. Bien qu'il y ait eu transmission de renseignements d'une partie de l'installation à une autre, il n'y a pas eu réception par d'autres installations ni émis-

clearly caught by the statute as to warrant a conviction thereunder.

I would dismiss the appeal.

Ritchie J. concurred with the reasons delivered by

ESTEY J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment of the Chief Justice herein and wish only to add these comments concerning the nature of the charge, the section under which the charge has been laid, and the activities of the accused which gave rise to the charge.

The accused is charged that he "did fraudulently and without colour of right use a telecommunication facility, the property of the University of Alberta, Edmonton, and did thereby commit theft contrary to s. 287(1)(*b*) of the *Criminal Code*." Section 287 of the *Code* provides as follows:

287.(1) Every one commits theft who fraudulently, maliciously, or without colour of right,

(*a*) Not applicable;

(*b*) uses any telecommunication facility or obtains any telecommunication service.

(2) In this section ... "telecommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images, sounds or intelligence of any nature by radio, visual, electronic or other electromagnetic system.

The facts are very simple. The accused, without any authority, made use of the computer and its associated facilities. The computer is described in the evidence as being, in the words of the Court of Appeal:

... made up of several components which were essential to its operation. These included a main frame, a central processing unit, terminals, memory and printers.

The associated equipment included some three hundred terminals scattered about the campus of the university and connected to the computer by electric wires.

The charge must stand or fall on the simple issue as to whether or not a computer is "a television à partir de l'installation en cause. A mon avis, le *Code* ne vise pas clairement la conduite de l'accusé de façon à justifier une déclaration de culpabilité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le juge Ritchie a souscrit aux motifs rendus par

LE JUGE ESTEY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef en l'espèce. Je souhaite simplement ajouter ces commentaires sur la nature de l'accusation, l'article en vertu duquel l'accusation a été portée et les faits et gestes de l'accusé à l'origine de l'inculpation en cause.

L'accusé est inculpé d'avoir, [TRADUCTION] «frauduleusement et sans apparence de droit, fait usage d'une installation de télécommunication, propriété de l'Université de l'Alberta à Edmonton, commettant ainsi un vol contrairement à l'al. 287(1)*b*) du *Code criminel*». L'article 287 du *Code* se lit comme suit:

287.(1) Commet un vol quiconque, frauduleusement, malicieusement ou sans apparence de droit,

a) sans objet;

b) se sert d'installations ou obtient un service en matière de télécommunication.

(2) Au présent article ... «télécommunication» désigne toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature, par radio, par un procédé visuel, électronique ou électromagnétique.

Les faits sont très simples. L'accusé s'est servi sans autorisation de l'ordinateur et des installations connexes. La Cour d'appel fait une description de l'ordinateur d'après la preuve comme d'un appareil:

[TRADUCTION] ... constitué de plusieurs composantes essentielles à son fonctionnement. Celles-ci comprennent une unité centrale de traitement, des terminaux, une mémoire et des imprimantes.

L'équipement connexe comprend environ trois cents terminaux dispersés sur le campus de l'Université, qui sont reliés à l'ordinateur par des fils électriques.

La confirmation ou l'infirmation de l'accusation dépend de la seule question de savoir si un ordina-

communication facility" as that term is used and partially defined in the section of the *Code*. "Facility" is defined as follows:

> . . . something (as a hospital, machinery, plumbing) that is built, constructed, installed, or established to perform some particular function or to serve or facilitate some particular end.
>
> *Webster's Third New International Dictionary (1976)*
>
> . . . something designed, built, installed, etc., to serve a specific function affording a convenience or service: transportation facilities . . .
>
> *Random House Dictionary of the English Language (1973)*

The term "telecommunication" is defined in subs. (2) above and is identical with the definition found in the *Radio Act*, R.S.C. 1970, c. R-1, s. 2(1), and the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, 1974-75-76 (Can.), c. 49, s. 2, except that, unlike the definition in the *Code*, the word "wire" is added before "radio" and the word "electronic" is excluded so that the definition reads:

> "telecommunication" means any transmission, emission or reception of signs, signals, writing, images or sounds or intelligence of any nature by wire, radio, visual or other electromagnetic system;

The combination of the two words connotes, in my view, a physical establishment or combination of physical components employed in the transmission or reception of signals by electromagnetic systems. We are not concerned with the activating source of the telecommunication facility whether it be a human voice, a telex machine, or other device for the generating of impulses to be delivered by a "telecommunication facility". Thus we are not concerned with the situation where a computer might be employed to activate a telecommunication facility. We are simply concerned with whether or not a computer is "a telecommunication facility". Computers are variously defined according to the nature of the audience to which the publication may be directed. We find, for example, in 16 *Am Jur Proof of Facts* 273:

teur est une «installation de télécommunication», au sens où ce terme est utilisé et défini en partie dans l'article du *Code*. Le terme «installation» est défini comme suit:

> [TRADUCTION] . . . objet, bâtiment (tel un hôpital, de la machinerie, de la plomberie) bâti, construit, installé ou établi en vue d'un usage déterminé ou en vue de servir à une fin précise ou de faciliter un usage donné.
>
> *Webster's Third New International Dictionary (1976)*
>
> [TRADUCTION] . . . objet, bâtiment, conçu, bâti, installé, etc. en vue d'un usage spécifique, destiné à fournir des commodités ou des services: des installations de transport . . .
>
> *Random House Dictionary of the English Language (1973)*

Le paragraphe 287(2) précité donne une définition du terme «télécommunication». Cette définition est identique à celle qui figure dans la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1970, chap. R-1, par. 2(1), et dans la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 1974-75-76 (Can.), chap. 49, art. 2, sous réserve que, contrairement à la définition du *Code*, l'expression «par fil» précède l'expression «par radio» alors que le mot «électronique» n'y figure pas:

> «télécommunication» désigne toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, écrits, images, sons ou renseignements de toute nature par fil, par radio ou par un procédé visuel ou un autre procédé électromagnétique.

A mon avis, la combinaison des deux mots comporte l'idée d'une construction ou d'une combinaison d'éléments matériels utilisés pour la transmission ou la réception de signaux par des procédés électromagnétiques. Nous ne nous intéressons pas à la source qui active l'installation de télécommunication, qu'il s'agisse d'une voix humaine, d'un télex ou d'un autre appareil dont la fonction est de créer des impulsions destinées à être transmises par une «installation de télécommunication». Il n'est donc pas nécessaire d'étudier le cas de l'utilisation possible d'un ordinateur pour activer une telle installation. La seule question en l'espèce est de savoir si un ordinateur est une «installation de télécommunication». Les ordinateurs sont définis de différentes façons en fonction de ceux à qui s'adresse l'ouvrage. A titre d'exemple, voici la définition qu'en donne 16 *Am Jur Proof of Facts* à la p. 273:

Computers may be defined as systems of machines that process information in the form of letters, numbers, and other symbols, and that are selfdirecting within predetermined limits.

Another more cryptic definition, "Basically, any kind of computing device", is found in Peter Seipel's *Computing Law*, (Stockholm, 1977) at p. 344.

"Computer" is also defined as follows:

... a calculator esp. designed for the solution of complex mathematical problems; specif: a programmable electronic device that can store, retrieve, and process data ... any of several devices for making rapid calculations in navigation or gunnery ...

Webster's Third New International Dictionary (1976)

... a mechanical or electronic apparatus capable of carrying out repetitious and highly complex mathematical operations at high speeds. Computers are used in business for the maintenance of inventories, the calculation and preparation of payrolls, etc.; in industry for the automatic operation of machinery, the control of refinery operations, etc.; and in research for the determination of flight characteristics of missiles and spacecraft, the prediction of the behavior of substances acted upon by a number of variables, etc.

Random House Dictionary of the English Language (1973)

That information in the form of electromagnetic impulses flows inside the computer during its operations is unquestioned in the evidence. As pointed out in 16 *Am. Jur. Proof of Facts* at p. 291, information flows between and within "various portions of the computer" and "must be guided from source to destination in logical sequence according to a prescribed plan ... " The sequence of the flow of information within the device is, of course, all directed to the discharge of the device's function, namely, the provision of a solution for a particular problem. Counsel were unable to direct the Court's attention to any authority which indicated any classification of the computer as a unit which might either be described as a telecommunication facility or a component in a telecommunication facility "or other electromagnetic system". Again the distinction must be emphasized

[TRADUCTION] Un ordinateur est une machine destinée au traitement de données sous forme de lettres, de numéros et d'autres symboles, qui fonctionne sans intervention humaine dans un cadre prédéterminé.

Peter Seipel donne dans *Computing Law*, (Stockholm, 1977) une définition encore plus sibylline (p. 344): [TRADUCTION] «Il s'agit, au fond, de toute espèce de calculateur».

Voici d'autres définitions:

[TRADUCTION] ... un calculateur spécialement conçu pour résoudre des problèmes mathématiques complexes; spécialis.: appareil électronique commandé par programme qui peut emmagasiner, récupérer et traiter des données ... toute espèce d'appareil qui sert à effectuer des calculs rapides en matière de navigation ou d'artillerie ...

Webster's Third New International Dictionary (1976)

[TRADUCTION] ... appareil mécanique ou électronique à même d'effectuer des opérations mathématiques répétitives et extrêmement complexes avec une très grande rapidité. Les ordinateurs sont utilisés dans l'entreprise pour tenir les stocks à jour, calculer et préparer les feuilles de paye, etc.; l'industrie, pour la manœuvre automatique des machines, la commande d'opérations de raffinage, etc.; les chercheurs l'utilisent pour déterminer les caractéristiques de vol de missiles et d'engins spaciaux, et pour prévoir les réactions de substances en fonction de plusieurs variables, etc.

Random House Dictionary of the English Language (1973)

La preuve ne met pas en question que des données sous forme d'impulsions électromagnétiques circulent à l'intérieur de l'ordinateur lorsque ce dernier fonctionne. Comme on l'énonce dans 16 *Am. Jur. Proof of Facts* à la p. 291, les données circulent entre [TRADUCTION] «les diverses parties de l'ordinateur» et à l'intérieur de celles-ci; ces données [TRADUCTION] «doivent être guidées du point d'origine au point de destination selon un ordre logique conforme à un plan déterminé ...». Bien entendu, l'ordre selon lequel circulent les données à l'intérieur de l'appareil vise entièrement à lui permettre de remplir sa fonction qui est d'apporter une solution à un problème particulier. Les avocats ont été dans l'impossibilité de faire valoir devant cette Cour des décisions qui indiquent une classification de l'ordinateur comme unité qui pourrait être décrite soit comme une

between an activating device connected to a telecommunication facility and that facility itself. It is trite to observe that a pocket calculator or a digital watch functions by means of electrical impulses which eventually produce a result sought by the operator. It could hardly be within the normal contemplation of the language that either of these devices is a "telecommunication facility". No doubt either one could be connected to a telecommunication facility for the communication of signals to it for "transmission or . . . reception".

An essential characteristic of a "telecommunication" according to subs. (2) of s. 287 is "transmission . . . of signals". "Transmission" in the ordinary sense of the language connotes the delivery from an origination point to a reception point. It does not connote a conceptual transfer of something with neither sender nor receiver. In the *Shorter Oxford English Dictionary* "transmission" is defined as:

. . . the act of transmitting or fact of being transmitted; conveyance from one person or place to another; transference.

"Transmission" is also defined as follows:

. . . an act, process, or instance of transmitting . . .

Webster's Third New International Dictionary (1976)

. . . act or process of transmitting . . . fact of being transmitted . . .

Random House Dictionary of the English Language (1973)

"Transmit" is defined as follows:

. . . to cause to go or be conveyed to another person or place . . .

Webster's Third New International Dictionary (1976)

. . . to send or forward, as to a recipient or destination . . .

Random House Dictionary of the English Language (1973)

installation de télécommunication soit comme une composante d'une telle installation «ou d'un autre système électromagnétique». On doit encore une fois souligner la distinction entre un appareil destiné à activer l'ordinateur, appareil relié à l'installation de télécommunication, et l'installation elle-même. C'est un lieu commun de dire qu'une calculatrice de poche ou qu'une montre à affichage numérique fonctionne au moyen d'impulsions électriques qui produisent finalement le résultat recherché par l'opérateur. On ne peut guère prêter à ces deux appareils le sens que l'on prête normalement à une «installation de télécommunication». Il ne fait pas de doute que l'un ou l'autre de ces appareils pourrait être relié à une installation de télécommunication en vue de la communication de signaux pour la «transmission ou . . . réception».

Aux termes du par. 287(2), l'une des caractéristiques essentielles d'une «télécommunication» est la «transmission . . . de signaux». Le terme «transmission» dans son sens habituel comporte l'idée d'un acheminement d'un point d'origine à un point de réception. Il ne connote pas un transfert conceptuel de quelque chose sans émetteur ni récepteur. Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit comme suit le terme «transmission»:

[TRADUCTION] . . . l'action de transmettre ou le fait d'être transmis; acheminement de quelque chose d'une personne à une autre ou d'un lieu à un autre; transfert.

En voici deux autres:

[TRADUCTION] . . . action, manière ou fait de transmettre . . .

Webster's Third New International Dictionary (1976)

. . . action ou manière de transmettre . . . fait d'être transmis . . .

Random House Dictionary of the English Language (1973)

Le verbe «transmettre» est défini comme suit:

[TRADUCTION] . . . faire passer ou acheminer d'un lieu à un autre ou d'une personne à une autre . . .

Webster's Third New International Dictionary (1976)

. . . expédier ou faire parvenir à un destinataire ou à un point de destination . . .

Random House Dictionary of the English Language (1973)

The internal processing of data by the central processing unit of the computer and the transfer of the results of the operation of that device to a terminal for reproduction in the form of characters on a sheet of paper or luminous points on a cathode ray tube is hardly within the ordinary concept of the transmission of information from one point or one person to another point or person. Taken too literally, the language may, of course, embrace the operation of a simple Xerox machine since it results in the transfer of optical images from one point (the item being printed) to another point (the blank sheet of paper on which the item is printed), but it would hardly fall within the ordinary usage of the language to classify such a device or system as being a telecommunication facility. The term telecommunication as defined in the *Criminal Code* connotes a sender and a receiver. The computer, being a computing device, contemplates the participation of one entity only, namely, the operator. In a sense, he communicates with himself, but it could hardly be said that the operator by operating the terminal or console of the computer is thereby communicating information in the sense of transmitting information and hence it stretches the language beyond reality to conclude that a person using a computer is thereby using a telecommunication facility in the sense of the *Criminal Code*.

Le traitement interne de données par l'unité centrale de traitement et le transfert des résultats de l'opération vers un terminal en vue de leur reproduction sous forme de caractères sur une feuille de papier ou sous forme de points lumineux sur un écran cathodique ne correspondent guère à l'idée que l'on se fait normalement de la transmission de données d'un point à un autre ou d'une personne à une autre personne. Pris dans un sens trop littéral, les termes peuvent inclure ce qu'effectue un simple appareil Xerox puisque l'opération aboutit au transfert d'images optiques d'un point (le document à imprimer) à un autre point (le support sur lequel le document est imprimé), mais le sens courant de ces termes ne permet certainement pas de considérer un tel appareil ou système comme une installation de télécommunication. Le terme télécommunication, au sens de la définition du *Code criminel*, connote l'existence d'un émetteur et d'un récepteur. L'ordinateur, qui est un calculateur, ne met en jeu que la participation d'une seule entité, savoir l'opérateur. Dans un sens, l'opérateur communique avec lui-même, mais on ne peut pas dire qu'en faisant fonctionner le terminal ou la console de l'ordinateur, il communique des renseignements au sens de transmettre des données; par conséquent, c'est déformer le sens de l'expression en cause que de conclure qu'une personne qui se sert d'un ordinateur fait usage d'une installation de télécommunication au sens où l'entend le *Code criminel*.

It is helpful in my view to note that precisely the same definition of telecommunication is used by Parliament in the broadcasting legislation noted above where clearly the statutes are in no way concerned with the licensing and regulation of computers.

Il est utile, à mon avis, de noter que le législateur a précisément donné la même définition de télécommunication dans les lois sur la diffusion, susmentionnées, qui n'ont manifestement aucun rapport avec le permis d'exploitation et la réglementation des ordinateurs.

I adopt entirely the observations of the Chief Justice with reference to the proper interpretative technique to be used when construing a criminal statute. Had Parliament intended to associate penal consequences with the unauthorized operation of a computer, it no doubt would have done so in a section of the *Criminal Code* or other penal statute in which the term which is now so permanently embedded in our language is employed. The Court would not be expected by Parliament to

J'adopte entièrement les observations du Juge en chef sur la bonne méthode d'interprétation d'une loi en matière criminelle. Il ne fait aucun doute que si le législateur avait eu l'intention d'attacher des conséquences pénales à l'utilisation non autorisée d'un ordinateur, il l'aurait édicté dans un article du *Code criminel* ou d'une autre loi pénale où le terme, maintenant consacré dans notre langue, est employé. Le législateur ne s'attend pas à ce que la Cour déduise de mots généralement

glean from words generally associated with the communications industry an intent to attach penal consequences to the unauthorized operation of a computer. I therefore concur in the disposition of this appeal as proposed by the Chief Justice.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bryan, Andrekson, Edmonton.

associés à l'industrie des communications qu'il a voulu attacher des conséquences pénales à l'utilisation non autorisée d'un ordinateur. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le présent pourvoi de la manière proposée par le Juge en chef.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Bryan, Andrekson, Edmonton.

Carl B. Potter Limited *Appellant*;

and

The Mercantile Bank of Canada *Respondent.*

1980: March 27; 1980: July 18.

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

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Banks and banking — Bank deposits — Performance guarantee — Breach of trust by bank put upon inquiry — Whether contributory negligence by cestui que trust — Contributory Negligence Act, R.S.N.S. 1967, c. 54, s. 1.

The appellant bid for the construction of an industrial waste treatment plant. The tender was accompanied by a certified cheque made payable to the owner as evidence of good faith that if awarded the contract, the bidder would carry out the construction. It was the manner in which this certified cheque was dealt with by the respondent and by the owner which gave rise to the present litigation. An officer of the owner, notwithstanding the terms of the performance guarantee, exchanged the cheque for a certificate of deposit in the name of the owner and eventually the proceeds of appellant's cheque found their way into the owner's collateral account at the bank where they were available for use and were in fact used to bolster up the shaky credit position of the owner. The owner went bankrupt, the appellant could not recover from it and sued the respondent. The trial judge found the respondent to have been in breach of trust. The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, varied the award of the trial judge by recognizing contributory negligence on the part of the appellant and in apportioning liability equally under s. 1 of the *Contributory Negligence Act* of Nova Scotia.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

A banker may be a constructive trustee of money in his customer's account and in breach of that trust if he pays the money away, even on the customer's mandate, in circumstances which put him upon inquiry. After having considered the findings both at trial and on appeal, the Court was satisfied that the respondent was in possession of sufficient information which required its

Carl B. Potter Limited *Appelante*;

et

La Banque Mercantile du Canada *Intimée.*

1980: 27 mars; 1980: 18 juillet.

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

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Banques et opérations bancaires — Dépôts bancaires — Cautionnement d'exécution — Violation de fiducie par la banque dont la méfiance est éveillée — Possibilité de négligence contributive du bénéficiaire de la fiducie — Contributory Negligence Act, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, art. 1.

L'appelante a soumissionné pour la construction d'une usine de traitement de déchets industriels. La soumission était accompagnée d'un chèque certifié payable à la propriétaire comme preuve de bonne foi et garantie que s'il est l'adjudicataire, le soumissionnaire s'engagera à mener la construction à bonne fin. Ce sont les opérations de l'intimée et de la propriétaire relativement à ce chèque certifié qui ont donné lieu au présent litige. Malgré les termes du cautionnement d'exécution, un administrateur de la propriétaire a échangé le chèque contre un certificat de dépôt au nom de la propriétaire et finalement le produit du chèque de l'appelante a été versé dans le compte de la propriétaire nanti auprès de la Banque: il pouvait alors servir et a en fait servi à consolider la situation chancelante du crédit de la propriétaire. La propriétaire a fait faillite et l'appelante ne pouvant recouvrer son argent a poursuivi l'intimée. Le juge de première instance a établi que c'était une violation de fiducie de la part de l'intimée. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a modifié la décision du juge de première instance en reconnaissant la négligence contributive de l'appelante et en répartissant également la responsabilité aux termes de la *Contributory Negligence Act* de la Nouvelle-Écosse.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le banquier peut être un fiduciaire par interprétation des fonds portés au compte de son client et commettre une violation de cette fiducie s'il en tire des fonds, même s'il agit selon le mandat de son client, dans des circonstances qui ont éveillé sa méfiance. Après avoir examiné les conclusions tant de première instance que d'appel, la Cour est convaincue que l'intimée disposait de ren-

vice-president and assistant manager to take steps to ascertain the character of the funds which were being deposited to the owner's credit. Notwithstanding the fact that the exact terms of the performance guarantee may not have been known to the bankers, they must be taken to have known that their customer was contemplating the construction of a waste treatment plant and the presentation of two cheques from construction companies was enough to alert them to the nature of the transaction.

With respect to the Appeal Division's conclusion that there was evidence indicating negligence on the appellant's part in that a whole summer had been allowed to slip by without any affirmative steps being taken to trace the destination of the proceeds of its deposit cheque, it should be recalled that there was no plea of negligence in the present case and that the cause of action was founded exclusively on a claim for "general damages and damages for breach of trust". Whether or not the word "fault" in s. 1 of the *Contributory Negligence Act* connotes more than negligence and is to be read as embracing a breach of trust, "fault" must involve a breach of duty of some kind. In the present case the relationship of the appellant to the respondent was that of *cestui que trust* and trustee and there is no authority for the proposition that a *cestui que trust* owes a duty to its trustee to ensure that the terms of the trust are observed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, varying the award of the trial judge. Appeal allowed and crosss-appeal dismissed.

Arthur R. Moreira, Q.C., and *Robert W. Wright*, for the appellant.

John M. Barker and *Daniel M. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal and a cross-appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia which invoked s. 1 of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.S. 1967, c. 54, and would have divided the fault equally between the plaintiff and the Mercantile Bank of

seignements suffisants qui obligeaient son vice-président et son directeur adjoint à prendre des mesures pour vérifier la nature des fonds déposés au crédit de la propriétaire. Même si les banquiers pouvaient ne pas connaître les dispositions précises du cautionnement d'exécution, on doit considérer qu'ils savaient que leur cliente envisageait la construction d'une usine de traitement de déchets et la présentation des deux chèques émis par des compagnies de construction était suffisante pour éveiller leur méfiance quant à la nature de l'opération.

Quant à la conclusion de la Division d'appel que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de l'appelante qui a laissé passer tout l'été sans chercher à découvrir ce qui était advenu du produit de son chèque de cautionnement, il faut d'abord se rappeler qu'il n'y a pas de plaidoyer de négligence en l'espèce et que la cause d'action est exclusivement fondée sur une réclamation en «dommages-intérêts généraux et en dommages-intérêts pour violation de fiducie». Que le mot «faute» à l'art. 1 de la *Contributory Negligence Act* connote plus que la négligence et doive être interprété de façon à comprendre une violation de fiducie ou que ce ne soit pas le cas, il doit impliquer la violation d'une obligation. En l'espèce, la relation de l'appelante avec l'intimée était celle de bénéficiaire de la fiducie et de fiduciaire et il n'y a aucune jurisprudence qui appuie la proposition qu'un bénéficiaire de fiducie a l'obligation envers son fiduciaire d'assurer que les conditions de la fiducie sont respectées.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui a modifié le jugement du juge de première instance. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Arthur R. Moreira, c.r., et *Robert W. Wright*, pour l'appelante.

John M. Barker et *Daniel M. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi et le pourvoi incident formés sur autorisation de cette Cour attaquent un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui s'appuie sur l'art. 1 de la *Contributory Negligence Act*, S.R.N.-É. 1967 chap. 54, et répartit la faute également entre la demanderesse et la Banque Mercan-

Canada (hereinafter referred to as the bank) in respect of the bank's liability for having so dealt with a tender deposit cheque issued to Anil Canada Limited (hereinafter referred to as Anil) by the plaintiff as to make it ultimately available to meet other current liabilities of Anil.

When tenders for the construction of an industrial waste treatment plant were called by Anil late in February or early in March 1975, five or six companies responded, but no consideration was given to any except those of the appellant and R. A. Douglas Ltd. (hereinafter sometimes referred to as the Douglas Company.)

It is important to note that the "Instructions to Bidders" in which Anil is referred to as "the owner" contained a Bid and Performance Guarantee which reads in part as follows:

IB. 3—BID & PERFORMANCE GUARANTEE

1)—Each tender shall be accompanied by a certified cheque made payable to the Owner in the amount of at least ten percent of the amount of the tender as evidence of good faith that if awarded the Contract, the Bidder will execute and enter into a formal contract to carry out and will carry out the construction in accordance with the drawings and specifications.

2)—Should the successful Bidder fail to enter into the required contractual agreement, or become in default of the Contract, the certified cheque shall be realized by the Owner.

3)—The certified cheques of unsuccessful Bidders will be returned to them immediately following the award of the Contract.

4)—The certified cheque of the successful bidder may be cashed by the Owner provided that:

(a)—the proceeds are placed on deposit in an interest bearing trust account which contains no other funds with a chartered bank or trust company in Canada in the Owners name;

(b)—the Owner forthwith gives written notice to the successful Bidder of the particulars of the deposit and;

(c)—the Owner does not make any withdrawals from the deposit account (save and except withdrawals of interest earned on the same) prior to the Owner making the payment to the successful Bidder in accordance with the following clause unless the suc-

tile du Canada (ci-après appelée la banque) relativement à un chèque émis par la demanderesse au nom d'Anil Canada Limited (ci-après appelée Anil). La responsabilité de la banque est en cause vu la façon dont elle a traité ce chèque émis à titre de cautionnement d'une soumission, de telle sorte qu'il a finalement servi à payer d'autres dettes à court terme d'Anil.

Lorsque vers la fin de février ou le début de mars 1975, Anil a fait un appel d'offres pour la construction d'une usine de traitement de déchets industriels, cinq ou six compagnies ont répondu, mais seules ont été considérées les soumissions de l'appelante et de R. A. Douglas Ltd. (ci-après parfois appelée la compagnie Douglas.)

Il est important de souligner que les [TRADUCTION] «Directives aux soumissionnaires», dans lesquelles Anil est appelée «le propriétaire», contiennent un cautionnement de soumission et d'exécution dont voici un extrait:

[TRADUCTION] IB. 3—CAUTIONNEMENT DE SOUMISSION ET D'EXÉCUTION

1)—Chaque soumission doit être accompagnée d'un chèque certifié payable au Propriétaire, égal au moins à dix pour cent du montant de la soumission, comme preuve de bonne foi et garantie que s'il est l'adjudicataire, le Soumissionnaire signera le contrat et s'engagera à mener à bonne fin la construction conformément aux plans et devis.

2)—Si le Soumissionnaire choisi ne signe pas le contrat, ou n'en respecte pas les modalités, le Propriétaire encaissera le chèque certifié.

3)—Les chèques certifiés des Soumissionnaires éliminés leur seront retournés immédiatement après l'adjudication du contrat.

4)—Le chèque certifié du Soumissionnaire choisi peut être encaissé par le Propriétaire à la condition que:

a)—le produit soit déposé au nom du Propriétaire dans un compte en fiducie productif d'intérêts, séparément de tous autres fonds, auprès d'une banque à charte ou d'une compagnie de fiducie au Canada

b)—le Propriétaire fournisse immédiatement par avis écrit au Soumissionnaire choisi les détails du dépôt et

c)—le Propriétaire n'effectue aucun retrait du compte de dépôt (à l'exception des retraits d'intérêts produits) avant d'avoir payé le Soumissionnaire choisi conformément à la clause suivante, à moins que celui-ci ne termine pas les travaux prévus conformé-

cessful Bidder does not complete the work of the Contract in accordance with the Contract. The Owner shall be entitled to receive all interest earned on the deposit account as earned and credited to the deposit account.

5)—The Owner shall deliver to the successful Bidder sixty days after the acceptance of the work of the Contract by the Owners a certified cheque made payable to the successful bidder in an amount equal to the amount of the certified cheque delivered to the Owner by the Successful Bidder.

All bids were accompanied by certified cheques as required by para. (1) of the above guarantee but all cheques other than those of the appellant and the Douglas Company were returned to the bidders as soon as the decision had been made that the contract would go to one or other of the latter two companies. After this decision had been reached, however, there ensued a period of 18 days during which Anil was examining the two tenders in order to determine which was the more suitable to fulfil the requirements of the waste treatment plant.

It is the manner in which these two tender cheques were dealt with by the bank and Anil which has given rise to this litigation and in my view the difficulties are in large measure centered around a meeting held between Mr. Raju, who was the vice-president in charge of finance and administration at Anil, and the vice-president and assistant manager of the Mercantile Bank at Halifax.

Mr. Raju attended this meeting armed with the two certified cheques from the appellant and Douglas, and notwithstanding the fact that he must have known that these two cheques were subject to the terms of the performance guarantee and particularly to para. 4(a) thereof, he nevertheless exchanged them for one 18-day certificate of deposit in the name of Anil and thus took the first step which eventually led to the proceeds of the Potter cheque finding their way into the Anil collateral account at the bank where they were available for use and were in fact used to bolster up the increasingly shaky credit position of Anil with the bank and with its many other creditors.

ment au contrat. Le Propriétaire aura le droit de recevoir tous les intérêts que le compte de dépôt aura produits et qui y auront été crédités.

5)—Le Propriétaire doit remettre au Soumissionnaire choisi, soixante jours après son acceptation des travaux prévus au contrat, un chèque certifié payable au Soumissionnaire choisi d'un montant égal au montant du chèque certifié que ce dernier lui a remis.

Toutes les soumissions étaient accompagnées de chèques certifiés comme l'exige le par. (1) du cautionnement susmentionné; tous les chèques, sauf ceux de l'appelante et de la compagnie Douglas, ont été retournés aux soumissionnaires dès que la décision d'adjuger le contrat à l'une ou l'autre de ces deux dernières compagnies a été prise. Cependant, Anil a pris les dix-huit jours suivant cette décision pour examiner les deux soumissions afin de décider laquelle pouvait le mieux satisfaire aux exigences de l'usine de traitement de déchets.

Ce sont les opérations de la banque et d'Anil relativement à ces deux chèques joints aux soumissions qui ont donné lieu au présent litige et, à mon avis, les difficultés tournent principalement autour d'une réunion entre M. Raju, qui était le vice-président responsable des finances et de l'administration chez Anil, et le vice-président et le directeur adjoint de la Banque Mercantile à Halifax.

A cette réunion, M. Raju a apporté le chèque certifié de l'appelante et celui de Douglas, et, bien qu'il ait dû savoir que ces deux chèques étaient assujettis aux conditions du cautionnement d'exécution, et particulièrement à son al. 4a), il les a néanmoins échangés contre un certificat de dépôt de 18 jours au nom d'Anil. C'est là la première étape vers le dépôt du produit du chèque de Potter dans le compte d'Anil, nanti auprès de la banque; il pouvait alors servir et a en fait servi à consolider la situation chancelante du crédit d'Anil auprès de la banque et de ses nombreux autres créanciers.

The trial judge made the following finding as to the instructions furnished to the bankers (Fournet and Sullivan) by Raju on behalf of Anil when he delivered the two certified cheques to the bank on April 21, 1975:

I cannot accept Mr. Raju's evidence that he told Mr. Fournet and Mr. Sullivan in clear terms that two cheques were not Anil's, or that they were in the nature of "trust funds". I do find, however, that Raju did inform Mr. Fournet that the cheques were from tenderers on the pollution project and that they were to be kept "separate". I accept this to mean—separate from the company's funds.

This finding was affirmed in the Appeal Division where the following passage from the judgment at trial was also approved:

After a careful review of all the evidence, I find as a fact that the Mercantile, on or before May 9, 1975, had sufficient notice of the unusual nature of the Potter funds to put the Bank on its inquiry to determine the exact nature of these funds before dealing further with them. The facts revealed at the meeting on April 21, coupled with the early withdrawal and remittance of the Douglas funds on May 7, were of sufficient significance so as to place a prudent banker on his inquiry.

The position of a banker who has been placed "on inquiry" in the manner aforesaid is summarized in the following brief paragraph from *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) vol. III, para. 60:

A banker may be a constructive trustee of money in his customer's account and in breach of that trust if he pays the money away, even on the customer's mandate, in circumstances which put him upon inquiry.

Many cases illustrating this proposition have been cited at trial and on appeal and I do not propose to refer to all of them again. It appears to me to be desirable, however, to reproduce the following passage from the judgment of the learned trial judge where he said:

In *White v. Dominion Bank*, [1935] 1 D.L.R. 42, Prendergast, C.J.M., cited with approval the case of *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, as follows:

Voici ce que le juge de première instance a conclu quant aux directives que Raju a données aux banquiers (Fournet et Sullivan) au nom d'Anil lorsqu'il a remis les deux chèques certifiés à la banque le 21 avril 1975:

[TRADUCTION] Je ne peux accepter le témoignage de M Raju portant qu'il a clairement dit à MM. Fournet et Sullivan que les deux chèques n'appartenaient pas à Anil ou qu'il s'agissait de «fonds en fiducie». Cependant, je conclus que M. Raju a effectivement informé M. Fournet que les chèques provenaient de soumissionnaires du projet d'usine de traitement et qu'ils devaient être gardés «séparément». Ceci veut dire, à mon avis,—séparément des fonds de la compagnie.

Cette conclusion a été confirmée par la Division d'appel qui a également approuvé le passage suivant du jugement de première instance:

[TRADUCTION] Après un examen minutieux de toute la preuve, je conclus qu'en fait, le 9 mai 1975 ou avant cette date, la Banque Mercantile avait une connaissance suffisante de la nature particulière des fonds de Potter pour éveiller sa méfiance et l'amener à en vérifier la nature exacte avant d'effectuer d'autres opérations avec eux. Les faits révélés au cours de la réunion du 21 avril, le retrait hâtif et la remise des fonds de Douglas le 7 mai, étaient assez significatifs pour éveiller la méfiance d'un banquier prudent.

La situation d'un banquier dont «la méfiance a été éveillée» de la façon susmentionnée est résumée dans le bref paragraphe suivant de *Halsbury's Laws of England* (4e éd.) vol. III, par. 60:

[TRADUCTION] Un banquier peut être un fiduciaire par interprétation des fonds portés au compte de son client et commettre une violation de cette fiducie s'il en tire des fonds, même s'il s'agit selon le mandat de son client, dans des circonstances qui ont éveillé sa méfiance.

Plusieurs affaires qui illustrent cette proposition ont été citées en première instance et en appel et je n'ai pas l'intention de les répéter toutes. Toutefois, il me paraît souhaitable de reproduire le passage suivant du jugement du savant juge de première instance où il a dit:

[TRADUCTION] Dans *White v. Dominion Bank*, [1935] 1 D.L.R. 42, le juge Prendergast, juge en chef du Manitoba, a cité et approuvé l'arrêt *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, en ces termes:

In *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, the Court of Appeal gave judgment against the bank, allowing the appeal. Cartwright, who was an executor of his father's estate, was personally indebted to the bank and gave as security a stock certificate endorsed in blank by himself and his brother as executors. The (O.R.) headnote says:—

"Although the stock certificate would pass to any bona fide holder for value, here the Bank had knowledge of facts and circumstances that placed it upon inquiry, and having failed to inquire, it became liable to the estate and to the beneficiaries for being a party to a transaction whereby one executor used the property of the estate to pay his private debt. The manager of the defendant Bank, in the circumstances, was bound to make inquiry. Even the slightest inquiry would probably have elicited the truth, that the certificate belonged to the estate and that C. had no right to pledge it. The Bank, through its manager, having taken the certificate without the necessary inquiry, the shares must be returned to the estate". [The underscoring is that of the trial judge.]

Dans *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, la Cour d'appel a débouté la banque et accueilli l'appel. Cartwright, en tant qu'exécuteur de la succession de son père, était personnellement endetté envers la banque et lui a donné en garantie un certificat d'actions qu'en qualité d'exécuteurs, son frère et lui-même ont endossé en blanc. Voici le texte du sommaire du recueil (O.R.):—

«Bien que le certificat d'actions puisse être transmis à un détenteur de bonne foi contre valeur, ici la Banque avait connaissance de faits et de circonstances qui devaient éveiller sa méfiance et, n'ayant pas fait de vérifications, elle est devenue responsable envers la succession et les bénéficiaires parce qu'elle a été partie à une opération au moyen de laquelle un exécuteur a utilisé les biens de la succession pour payer ses propres dettes. Dans les circonstances, le directeur de la Banque défenderesse était tenu de vérifier. La moindre vérification aurait probablement permis de connaître la vérité, que le certificat appartenait à la succession et que C. n'avait aucun droit de le donner en garantie. Puisque par l'intermédiaire de son directeur, la Banque a accepté le certificat sans faire les vérifications nécessaires, les actions doivent être retournées à la succession.» [C'est le juge de première instance qui souligne.]

After having considered the findings both at trial and on appeal, I am satisfied that on April 21, 1975, and from that day forward, the bank was in possession of sufficient information which required its vice-president and assistant manager to take steps to ascertain the character of the funds which were being deposited to Anil's credit although those funds were not in fact the property of the bank's customer but rather constituted the proceeds of two cheques which were stamped with the trust imposed by the terms of the performance guarantee to which they had been subject since they were initially created. Notwithstanding the fact that the exact terms of the performance guarantee may not have been known to the bankers, they must be taken to have known that their customer was contemplating the construction of a waste treatment plant and the presentation of the two cheques from construction companies was enough in my view to alert them to the nature of the transaction.

Après avoir examiné les conclusions tant de première instance que d'appel, je suis convaincu que dès le 21 avril 1975, la banque disposait de renseignements suffisants qui obligeaient son vice-président et son directeur adjoint à prendre des mesures pour vérifier la nature des fonds déposés au crédit d'Anil, bien qu'en fait ces fonds n'aient pas appartenu à la cliente de la banque mais représentent plutôt le produit de deux chèques assujettis dès leur émission à la fiducie imposée par le cautionnement d'exécution. Même si les banquiers pouvaient ne pas connaître les dispositions précises du cautionnement d'exécution, on doit considérer qu'ils savaient que leur cliente envisageait la construction d'une usine de traitement de déchets et la présentation des deux chèques émis par des compagnies de construction était suffisante, à mon avis, pour éveiller leur méfiance quant à la nature de l'opération.

What actually occurred was that some two or three days before the expiration of the 18-day certificate of deposit, personnel at the Douglas Company were made aware by the cashing of the company's cheque that their deposit was no longer being held in its original form and accordingly they at once demanded that it be returned to them. Anil was thus required to sever the certificate of deposit at the bank and thereupon caused the bank to deposit the amount of the Douglas cheque in its collateral account and proceeded to draw a cheque in favour of Douglas in the amount of that company's original deposit. The proceeds of the Potter cheque however remained on deposit until the certificate matured two days later at which time they were transferred to the collateral account of Anil together with interest earned on the said certificate.

The proceeds of the Potter cheque remained in the collateral account of Anil where it was used by the bank to be drawn upon for the purpose of meeting Anil's obligations to the bank created by an advance made to the company and secured by a series of its promissory notes.

It was not until October that any action was taken by Anil to regularize this extraordinary situation the effect of which was to reduce the company's liability to the bank by use of the proceeds of the cheque origianlly furnished to it in trust by Potter.

On October 15, Raju caused five cheques to be created on Anil's account payable to Potter and totalling $114,374 being the amount of its tender cheque. By this time, however, the cupboard was bare and there was no money available in any of Anil's accounts to cover the cheques as that company was then on the verge of the receivership into which it soon dissolved.

The present action was commenced against Anil by originating notice dated October 27, 1975, but it soon became apparent that there was no chance of effecting recovery from that company and the bank was added as a party defendant at the instance of the plaintiff by order of the Chief Justice of Nova Scotia on March 26, 1976.

En fait, deux ou trois jours avant l'expiration du certificat de dépôt de 18 jours, des employés de la compagnie Douglas ont constaté par l'encaissement du chèque de la compagnie que leur dépôt n'était plus détenu dans sa forme initiale et ils ont par conséquent immédiatement exigé qu'il leur soit retourné. Anil a donc été obligée de diviser le certificat de dépôt bancaire et elle a ensuite demandé à la banque de déposer le montant du chèque de Douglas dans son compte nanti et a émis un chèque au nom de Douglas d'un montant égal au dépôt de cette compagnie. Le produit du chèque de Potter est toutefois demeuré en dépôt jusqu'à l'échéance du certificat, deux jours plus tard, date à laquelle il a été transféré dans le compte nanti d'Anil avec les intérêts produits par ledit certificat.

Le produit du chèque de Potter est demeuré dans le compte nanti d'Anil et la banque l'a utilisé pour satisfaire aux obligations qu'Anil avait envers elle par suite d'une avance garantie par une série de billets à ordre.

Anil n'a pris aucune mesure avant octobre pour régulariser cette situation extraordinaire dont l'effet était de réduire la dette de la compagnie envers la banque en utilisant le produit du chèque que Potter lui avait remis à l'origine en fiducie.

Le 15 octobre, Raju a fait tirer cinq chèques sur le compte d'Anil au nom de Potter pour un montant total de $114,374, soit le montant du chèque accompagnant sa soumission. A cette époque, cependant, le tiroir était vide et il n'y avait plus de fonds dans les comptes d'Anil pour couvrir les chèques puisque cette compagnie était à la veille d'être mise sous séquestre, ce qui s'est produit peu après.

La présente action a été intentée contre Anil par avis introductif en date du 27 octobre 1975, mais il est vite devenu évident qu'il n'y avait aucun espoir de recouvrer quoi que ce soit de cette compagnie et la banque a été jointe comme partie défenderessse à la requête de la demanderesse par ordre du Juge en chef de la Nouvelle-Écosse le 26 mars 1976.

As I have indicated, both the trial judge and the Appeal Division were of opinion that the evidence disclosed negligence on the part of the bank, but the Appeal Division was satisfied also that there was evidence indicating negligence on Potter's part in that the whole summer of 1975 had been allowed to slip by without any affirmative steps being taken on the part of that company to trace the destination of the proceeds of its deposit cheque. The Potter company's actions and attitudes in this regard are summarized by Mr. Justice Coffin who spoke on behalf of the Appeal Division in the following terms:

On cross-examination, it was put to Mr. Raju that he had broken the terms of the arrangement with Potter in several different ways, including three which are particularly relevant:

1. He had cashed the cheques prematurely.
2. He did not give written notice of all the particulars of the deposit to Potter and Douglas.
3. He mixed the funds in those two cheques in one deposit certificate.

He acknowledged these things were wrong, but said he was not aware that he was doing all this, even although Mr. Gerald Amirault, Potter's comptroller, began calling him about Potter's money over the summer months.

From Mr. Amirault's evidence, it appears that the Potter company may have picked up the fact that the cheque was cashed before the end of May when the April statement was reviewed. Mr. Amirault said that he was concerned that the cheques for bidders had been cashed prior to the award of the tender. Up to that time he did not even know that Mercantile was the banker, but when he saw the name on the back of the cheque, he was aware of that fact. He spoke to Mr. Raju several times through the summer and really did not get any definitive answers, but it was not until "somewheres between August, September," that Mr. Amirault called Mr. Harper of the Mercantile Bank because he was not getting any details from Anil and after looking into the matter, Mr. Harper told him that " . . . there wasn't anything there. There was no sign of any special account or any deposit or anything".

Anil should have known what was done because on May 9, 1975 a credit advice was issued from Mercantile to Anil stating that they had credited the Anil account with $114,374 plus interest of $36.04.

Mr. Justice Coffin went on to conclude as follows:

In my opinion, the trial judge in determining the factual situation as he did was not in error in concluding

Comme je l'ai dit, le juge de première instance et la Division d'appel sont d'avis que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de la banque, mais la Division d'appel est également convaincue que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de Potter qui a laissé passer tout l'été 1975 sans chercher à découvrir ce qui était advenu du produit de son chèque de cautionnement. Le juge Coffin qui a exprimé l'opinion de la Division d'appel a résumé comme suit la conduite et l'attitude de la compagnie Potter à cet égard:

[TRADUCTION] Au contre-interrogatoire, on a opposé à M. Raju qu'il avait violé les dispositions de l'entente avec Potter de diverses façons, dont trois sont particulièrement pertinentes:

1. Il a encaissé les chèques prématurément.
2. Il n'a donné ni à Potter ni à Douglas d'avis écrit contenant les détails du dépôt.
3. Il a réuni les fonds de ces deux chèques dans un même certificat de dépôt.

Il a admis que c'était irrégulier, mais il a dit qu'il ignorait qu'il faisait tout cela, même si M. Gerald Amirault, le contrôleur de Potter, l'a appelé à plusieurs reprises pendant les mois d'été au sujet des fonds de Potter.

Il ressort du témoignage de M. Amirault que la compagnie Potter a pu découvrir que le chèque avait été encaissé avant la fin de mai, à l'examen du relevé d'avril. M. Amirault a dit que l'encaissement des chèques des soumissionnaires avant l'adjudication l'avait inquiété. Jusqu'à ce moment-là, il ne savait même pas que le banquier était la Banque Mercantile, il l'a su lorsqu'il a vu le nom à l'endos du chèque. Il a parlé à M. Raju plusieurs fois au cours de l'été et n'a vraiment obtenu aucune réponse précise, mais ce n'est que «quelque temps entre août et septembre», que M. Amirault a appelé M. Harper de la Banque Mercantile parce qu'il n'obtenait aucun renseignement d'Anil; après avoir examiné l'affaire, M. Harper lui a dit que « . . . il n'y avait rien de particulier. Il n'y avait aucune indication d'un compte spécial ni d'un dépôt ou d'autre chose».

Anil aurait dû savoir ce qui s'était passé parce que le 9 mai 1975 la Banque Mercantile lui a envoyé un avis de crédit indiquant qu'on avait porté à son compte un montant de $114,374 plus un montant de $36.04 à titre d'intérêts.

Le juge Coffin a ensuite conclu comme suit:

[TRADUCTION] A mon avis, dans son évaluation de la situation de fait, le juge de première instance n'a pas

that the appellant bank was negligent.

Having accepted the trial judge's finding of negligence, we still have the question whether or not the respondent Carl B. Potter Limited was guilty of contributory negligence in not going to the bank much earlier than it did to ascertain the exact disposition of the deposit of $114,374.

We know that the contract was awarded to the respondent on June 5, 1975. The appellant's argument is that the Potter Company knew in May that its cheque had been cashed prematurely and thus there was a breach by Anil of the bidding instructions almost immediately after it received the certified cheque from the respondent.

The respondent also knew in May that Anil had failed to provide it with the details of the deposit as required by Division 1B. 3(4)(b) of those instructions.

The same finding is made with more precision later in the same judgment where it is said:

In my respectful opinion, while I accept the decision of the trial judge that the Bank was negligent in its handling of the respondent's deposit, a prompt reaction by the respondent company would have brought the matter to light at a time when Anil's credit with the Bank was good and a cheque in the required amount would have been certified and placed on deposit in an interest-bearing trust account in accordance with Division No. 1B. 3(4)(a) of the Instructions to Bidders. In my view there was negligence on the part of the respondent Carl B. Potter Limited, which contributed to the loss.

Based upon these findings the Appeal Division applied the provisions of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.S. 1967, c. 54, and concluded that it was not possible to establish different degrees of fault and the liability should therefore be apportioned equally between the parties. In considering the application of the *Contributory Negligence Act* to the circumstances here disclosed, it should first be recalled that there is no plea of negligence in the present case and that the cause of action is founded exclusively on a claim for "general damages and *damages for breach of trust*". (The italics are my own.)

In fact what has been found here is indeed a breach of trust on the part of the bank.

commis d'erreur en concluant que la banque appelante a été négligente.

Ayant accepté la conclusion de négligence du juge de première instance, il faut encore décider si l'intimée Carl B. Potter Limited a été coupable de négligence contributive en ne se rendant pas à la Banque beaucoup plus tôt pour découvrir ce qui était précisément advenu du dépôt de $114,374.

Nous savons que le contrat a été adjugé à l'intimée le 5 juin 1975. L'appelante prétend que la compagnie Potter savait en mai que son chèque avait été encaissé prématurément et, donc, qu'Anil avait violé les directives aux soumissionnaires presque immédiatement après avoir reçu le chèque certifié de l'intimée.

L'intimée savait également en mai qu'Anil ne lui avait pas fourni les détails du dépôt comme l'exige la section 1B. 3(4)b) de ces directives.

Nous retrouvons la même conclusion en termes plus précis plus loin dans le même jugement:

[TRADUCTION] Bien que j'accepte la décision du juge de première instance, savoir que la Banque a été négligente dans sa façon de traiter le dépôt de l'intimée, je suis respectueusement d'avis qu'une réaction prompte de la compagnie intimée aurait permis d'éclaircir la question à un moment où le crédit d'Anil auprès de la Banque était bon et un chèque au montant requis aurait pu être certifié et déposé dans un compte en fiducie productif d'intérêts conformément à la section 1B. 3(4)a) des Directives aux soumissionnaires. A mon avis, la négligence de l'intimée Carl B. Potter Limited a contribué à la perte.

Vu ces conclusions, la Division d'appel a appliqué les dispositions de la *Contributory Negligence Act*, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, et a conclu qu'il était impossible d'établir l'importance de la faute respective des parties et que la responsabilité devait donc être répartie également entre elles. Dans l'examen de l'application de la *Contributory Negligence Act* aux circonstances révélées ici, il faut d'abord se rappeler qu'il n'y a pas de plaidoyer de négligence en l'espèce et que la cause d'action est exclusivement fondée sur une réclamation en [TRADUCTION] «dommages-intérêts généraux et en *dommages-intérêts pour violation de fiducie*». (Les italiques sont de moi.)

En fait, ce que l'on a établi en l'espèce est bien sûr une violation de fiducie par la Banque.

The *Contributory Negligence Act* of Nova Scotia contains the following provision:

1 (1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

It was argued on behalf of the bank that the word "fault" as employed in this statute connotes more than "negligence" in the accepted tortious sense of that word and is to be read as embracing a breach of trust such as that disclosed in the evidence in the present case. To this argument I am bound to say that in my opinion whatever extended meaning may be given to the word "fault" it must involve a breach of duty of some kind. In the present case the relationship of Potter to the bank was that of *cestui que trust* and trustee and I know of no authority for the proposition that a *cestui que trust* owes a duty to its trustee to ensure that the terms of the trust are observed. Accordingly, I cannot find here any duty on the part of the Potter Company to inquire into the internal accounting of the bank or its dealing with trust moneys.

For all these reasons I would allow this appeal with costs and restore the judgment rendered at trial. It follows from what I have already said that the cross-appeal, based as it is in large measure on concurrent findings of fact at trial and in the Appeal Division, is dismissed with costs. In this latter regard it will be recalled that the respondent to the cross-appeal was not called upon at the hearing of this appeal.

Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Arthur R. Moreira, Halifax.

Solicitor for the respondent: John M. Barker, Halifax.

La *Contributory Negligence Act* de la Nouvelle-Écosse contient la disposition suivante:

[TRADUCTION] 1(1) Si, par la faute de deux personnes ou plus, un préjudice ou une perte est causé à une ou plusieurs d'entre elles, l'obligation de réparer le préjudice ou la perte est proportionnelle à l'importance de la faute de chacune d'elles, mais si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'est pas possible d'établir l'importance de la faute de chacune, la responsabilité doit être répartie également.

On a prétendu au nom de la banque que le mot «faute» au sens où il est employé dans cette loi connote plus que la «négligence» au sens accepté de ce mot en matière délictuelle et qu'il doit être interprété de façon à comprendre une violation de fiducie du genre de celle révélée par la preuve en l'espèce. Je dois répondre à cet argument qu'à mon avis, quel que soit le sens étendu que l'on puisse donner au mot «faute», il doit impliquer la violation d'une obligation. En l'espèce, la relation de Potter avec la banque était celle de bénéficiaire de la fiducie et de fiduciaire et je ne connais aucune jurisprudence qui appuie la proposition qu'un bénéficiaire de fiducie a une obligation envers son fiduciaire d'assurer que les conditions de la fiducie sont respectées. Par conséquent, je ne peux conclure ici qu'il incombait à la compagnie Potter de vérifier la comptabilité interne de la banque ou les opérations de cette dernière avec les fonds en fiducie.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir le jugement rendu en première instance. Il découle de ce que j'ai dit précédemment que le pourvoi incident, qui est fondé en grande partie sur les conclusions de fait concordantes en première instance et en division d'appel, est rejeté avec dépens. A cet égard, il convient de rappeler que l'intimée au pourvoi incident n'a pas été appelée à plaider à l'audition de ce pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens; pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Arthur R. Moreira, Halifax.

Procureur de l'intimée: John M. Barker, Halifax.

Brian Middleton Hawkins *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: June 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Intercepted private communications — Admissibility — Whether trial judge can review the basis upon which a wiretap authorization was given — Criminal Code, s. 178.13(1), as en. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 9.

The appellant and his co-accused Molis were charged with trafficking in a restricted drug. On the *voir dire* held at the outset of the trial to determine the admissibility of the evidence obtained through the intercepted private communications made pursuant to an authorization given by Trotter J., the appellant argued before Allan J. that there was no evidence presented to Trotter J. upon which he could exercise his discretion to grant the authorization. Allan J. ruled on January 13, 1978, that he did not perceive any substantive defect of form or irregularity of procedure in the application before Trotter J. or his granting of the authorization.

The appellant set out, *inter alia*, as a ground of appeal before the Court of Appeal for Ontario, a submission that the trial judge erred in admitting evidence of intercepted communications and in holding that such communications were lawfully intercepted pursuant to valid authorization. On March 5, 1979, the Court of Appeal dismissed the appeal without reference in its reasons to this issue. The Court here dealt only with this ground of appeal, judgment being reserved on the other issues which were raised by the co-accused Molis and adopted by the appellant.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from the appellant's conviction on a charge of trafficking in a restricted drug. The ground of appeal on the issue of the validity of the authorization declared unfounded and judgment reserved on the other

Brian Middleton Hawkins *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 9 juin.

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

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

Droit criminel — Preuve — Interception de communications privées — Admissibilité — Possibilité pour le juge du procès de réviser le fondement de l'autorisation d'écoute électronique — Code criminel, art. 178.13(1), édicté par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 9.

L'appelant et son coaccusé Molis ont été accusés de trafic d'une drogue d'usage restreint. Au voir dire tenu au début du procès pour déterminer l'admissibilité de la preuve obtenue par l'interception de communications privées faite en vertu d'une autorisation du juge Trotter, l'appelant a prétendu devant le juge Allan qu'aucune preuve soumise au juge Trotter ne pouvait lui permettre d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder l'autorisation. Le 13 janvier 1978, le juge Allan a statué qu'à son avis, ni la demande adressée au juge Trotter ni son autorisation n'étaient entachées d'irrégularité de procédure ou de vice de forme important.

L'appelant a notamment fait valoir en tant que moyen d'appel à la Cour d'appel de l'Ontario que le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve des communications interceptées et en les jugeant légalement interceptées conformément à une autorisation valide. Le 5 mars 1979, la Cour d'appel a rejeté l'appel sans parler de cette question dans ses motifs. Cette Cour n'a tranché que ce moyen d'appel et a mis l'affaire en délibéré sur les autres questions soulevées par le coaccusé Molis que l'appelant a fait siennes.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de trafic d'une drogue d'usage restreint. Moyen d'appel fondé sur la question de la validité de l'autorisation déclaré sans fondement

issues[1].

Earl Glasner, for the appellant.

John A. Scollin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Scollin and Mr. Pomerant. Even assuming that a wiretap authorization under *Criminal Code*, s. 178.13(1) is reviewable by the trial judge on the ground that there was no evidence of the required pre-conditions for such an authorization, we are of the opinion that we cannot in this case interfere with the concurrent findings that there was some evidence on which Judge Trotter gave the authorization. This ground of appeal therefore fails and judgment is reserved only on the issues argued by counsel for the co-accused Molis and adopted by counsel for Hawkins.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Earl Glasner, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[1] Judgment on the other grounds was delivered on October 7, 1980 (see [1980] 2 S.C.R. 355) decided concurrently with the appeal of the co-accused Molis (see *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356).

et affaire mise en délibéré sur les autres questions[1].

Earl Glasner, pour l'appelant.

John A. Scollin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Mes Scollin et Pomerant, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Même si l'on présume que le juge de première instance peut réviser une autorisation d'écoute électronique accordée en vertu du par. 178.13(1) du *Code criminel* au motif qu'il n'y avait aucune preuve des conditions préalables requises à pareille autorisation, nous sommes d'avis que nous ne pouvons en l'espèce toucher aux conclusions concordantes qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le juge Trotter s'est fondé pour accorder l'autorisation. Ce moyen d'appel est donc irrecevable et l'affaire est mise en délibéré seulement sur les questions plaidées par l'avocat du coaccusé Molis que l'avocat de Hawkins a fait siennes.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Earl Glasner, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[1] Le jugement sur les autres moyens a été rendu le 7 octobre 1980 (voir [1980] 2 R.C.S. 355) concurremment avec le pourvoi du coaccusé Molis (voir *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356).

Brian Middleton Hawkins *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: June 9; 1980: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Ignorance of the law — Whether there is a distinction between mistake of law and ignorance of law — Whether ignorance of subordinate legislation may be an excuse — Defence of due diligence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19 — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2) — Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2).

The facts of this appeal are to be found in *Hawkins v. The Queen (No. 1)*, [1980] 2 S.C.R. 353 (*supra*) and in *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356 (*infra*).

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from the appellant's conviction on a charge of trafficking in a restricted drug. Appeal dismissed.

Earl Glasner, for the appellant.

John A. Scollin, Q.C., and *David L. Pomerant*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—I would dismiss this appeal. My reasons in support of that conclusion are to be found in the reasons I gave in considering the appeal of Hawkins' accomplice, (*Albert Peter Molis v. Her Majesty The Queen*[1]) which was decided concurrently with the case at bar.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Earl Glasner, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[1] [1980] 2 S.C.R. 356, *infra*.

Brian Middleton Hawkins *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 9 juin; 1980: 7 octobre.

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

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

Droit criminel — Défenses — Ignorance de la loi — Existence ou non d'une distinction entre l'erreur de droit et l'ignorance de la loi — L'ignorance de la réglementation peut-elle être une excuse? — Défense de diligence raisonnable — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19 — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) — Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2).

Les faits de ce pourvoi sont relatés dans les sommaires des arrêts *Hawkins c. La Reine (nº 1)*, [1980] 2 R.C.S. 353 (*supra*) et *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356 (*infra*).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de trafic d'une drogue d'usage restreint. Pourvoi rejeté.

Earl Glasner, pour l'appelant.

John A. Scollin, c.r., et *David L. Pomerant*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Mes motifs à l'appui de cette conclusion se trouvent dans les motifs que j'expose dans mon examen du pourvoi du complice de Hawkins (*Albert Peter Molis c. Sa Majesté La Reine*[1]), qui est tranché concurremment.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Earl Glasner, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[1] [1980] 2 R.C.S. 356, *infra*.

Albert Peter Molis *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: June 9; 1980: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Ignorance of the law — Whether there is a distinction between mistake of law and ignorance of law — Whether ignorance of subordinate legislation may be an excuse — Defence of due diligence — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19 — Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2) — Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2).

The appellant and his co-accused Hawkins were charged with trafficking, between January 1, 1976 and August 26, 1976, in a restricted drug, to wit: 3-4 methylenedioxy-N-methylamphetamine (hereafter referred to as "M.D.M.A."), contrary to s. 42(1) of the *Food and Drugs Act*. Molis and Hawkins had been operating a laboratory where they were manufacturing M.D.M.A. When they started manufacturing this substance, it was not listed in Schedule H of the *Food and Drugs Act* as a restricted drug. M.D.M.A. was added to that Schedule by a regulation that was published in the *Canada Gazette*, in June 1976. The trial judge directed the jury in such a way as to limit the period of time during which appellant might have illegally manufactured M.D.M.A., being from the time the amendment was published to August 26. However, following a *voir dire* the trial judge ruled as inadmissible evidence that purported to establish that appellant and his partner had been as duly diligent as could be expected in their attempts to ascertain whether it was legal or not to manufacture M.D.M.A. and that they did not know until the time of their arrest that M.D.M.A. had become a restricted drug. The jury found the appellant guilty and the Court of Appeal dismissed the appeal from the conviction. This appeal and that of Hawkins were argued at the same time and this Court had already dealt with the admissibility into evidence of intercepted private conversation (see, *supra Hawkins v. The Queen* (No. 1), [1980] 2 S.C.R. 353).

The issue now before this Court was predicated on a distinction argued by appellant between ignorance of the existence of a law and mistake in its interpretation, the result of said distinction being that s. 19 of the *Criminal*

Albert Peter Molis *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 9 juin; 1980: 7 octobre.

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

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

Droit criminel — Défenses — Ignorance de la loi — Existence ou non d'une distinction entre l'erreur de droit et l'ignorance de la loi — L'ignorance de la réglementation peut-elle être une excuse? — Défense de diligence raisonnable — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19. — Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) — Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2).

L'appelant et son coaccusé Hawkins ont été accusés de trafic d'une drogue d'usage restreint, appelée 3,4-méthylènedioxy-N-méthylamphétamine (appelée ci-après «M.D.M.A.»), entre le 1er janvier 1976 et le 26 août 1976, en contravention du par. 42(1) de la *Loi des aliments et drogues*. Molis et Hawkins exploitaient un laboratoire où ils fabriquaient la M.D.M.A. Lorsqu'ils ont commencé à la fabriquer, elle ne figurait pas à l'annexe H de la liste des drogues d'usage restreint de la *Loi des aliments et drogues*. La M.D.M.A. a été ajoutée à l'annexe par un règlement publié dans la *Gazette du Canada* en juin 1976. Le juge du procès a instruit le jury de manière à limiter la période pendant laquelle l'appelant a pu fabriquer illégalement de la M.D.M.A., soit de la date de la publication de la modification jusqu'au 26 août. Cependant, après un voir dire le juge du procès a déclaré irrecevable la preuve qui tendait à établir que l'appelant et son associé avaient été aussi diligents que possible dans leurs efforts pour vérifier si la fabrication de M.D.M.A. était légale ou non et que, jusqu'au moment de leur arrestation, ils ne savaient pas que la M.D.M.A. était devenue une drogue d'usage restreint. Le jury a déclaré l'appelant coupable et la Cour d'appel a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité. La Cour a entendu ce pourvoi et celui d'Hawkins en même temps et elle a déjà statué sur la recevabilité en preuve de conversations privées interceptées (voir, *Hawkins c. La Reine (nº 1)*, *supra*, [1980] 2 R.C.S. 353).

Le pourvoi devant cette Cour fait valoir une distinction entre l'ignorance de l'existence d'un texte de loi et l'erreur dans son interprétation; cette distinction aurait pour effet que, tout en excluant une défense d'erreur de

Code, while being a bar to a defence of mistake of law would not be that of ignorance of law if the accused has exercised due diligence in the ascertainment of that law's existence.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge did not err in refusing to submit to the jury ignorance of the law as a defence, as this defence does not exist. Section 19 of the *Criminal Code* is clear and does not permit a distinction between mistake of the law and ignorance of the law. As to the distinction between ignorance of statute and that of subordinate legislation, s. 27(2) of the *Interpretation Act* expresses clearly the will of Parliament that s. 19 of the *Criminal Code* is a bar to any defence of ignorance of law, be the offence one created by an "enactment", as in the case here. Even if by s. 11(2) of the *Statutory Instruments Act*, Parliament has relaxed somewhat the rigours of s. 19 of the *Criminal Code*, such abatement applies only when a regulation was not published in the *Canada Gazette*. As to the defence of diligence this Court recognized its existence for certain offences in *R. v. Sault Ste. Marie*, that defence is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation.

R. v. Maclean (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from the appellant's conviction on a charge of trafficking in a restricted drug. Appeal dismissed.

A. S. Price, for the appellant.

John A. Scollin, Q.C., and *David L. Pomerant*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—This appeal is from the judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing one Albert Peter Molis' appeal from conviction in the General Sessions of the Peace at Toronto, in the Judicial District of York, in Ontario, on an indictment that he and an alleged accomplice, one Brian Middleton Hawkins "unlawfully did, at the Municipality of Metropolitan Toronto, in the Judicial

droit, l'art. 19 du *Code criminel* n'interdirait pas une défense d'ignorance de la loi si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable dans ses recherches sur l'existence de cette loi.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'ignorance de la loi, puisque cette défense n'existe pas. L'article 19 du *Code criminel* est clair et ne permet pas une distinction entre une erreur de droit et une ignorance de la loi. En ce qui concerne la distinction entre l'ignorance des lois et celle des règlements, le par. 27(2) de la *Loi d'interprétation* exprime clairement la volonté du Parlement que l'art. 19 du *Code criminel* constitue une fin de non-recevoir à toute défense sur l'ignorance de la loi, même si l'infraction est créée par un «texte législatif» comme c'est le cas en l'espèce. Même si par le par. 11(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, le Parlement a adouci quelque peu la rigueur de l'art. 19 du *Code criminel*, ceci ne s'applique que lorsqu'un règlement n'est pas publié dans la *Gazette du Canada*. En ce qui concerne la diligence comme moyen de défense que cette Cour a reconnu pour certaines infractions dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, il s'agit d'une défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non pas aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation.

Jurisprudence: *R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité sur une accusation de trafic d'une drogue d'usage restreint. Pourvoi rejeté.

A. S. Price, pour l'appelant.

John A. Scollin, c.r., et *David L. Pomerant*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté l'appel interjeté par Albert Peter Molis de la déclaration de culpabilité que la Cour des sessions de la paix a prononcée contre lui à Toronto, district judiciaire de York. L'acte d'accusation impute à l'appelant et à un prétendu complice, un nommé Brian Middleton Hawkins, d'avoir [TRADUCTION] «illégale-

District of York and elsewhere in the Province of Ontario, between the 1st day of January in the year 1976 and the 26th day of August in the year 1976, both days inclusive, traffic in a Restricted Drug, to wit: 3-4-Methylenedioxy-N-methylamphetamine, contrary to Section 42(1) of the Food and Drugs Act." (A.C. at p. 1.)

Brian Middleton Hawkins also appealed in separate proceedings from his conviction to the Court of Appeal and then to this Court from that court's decision dismissing the appeal. Both appeals were argued before us at the same time; furthermore, at the hearing, each appellant added to his grounds of appeal those argued by the other. Let it be said right now that the grounds of appeal raised by Hawkins in his notice of appeal and memorandum which dealt with the admissibility into evidence of intercepted private conversations were dealt with *sedente curia*. Both appellants were told that their appeal had not succeeded on those grounds and that judgment was reserved in both cases on the other grounds that had originally been raised by appellant Molis. The latter are predicated on a distinction argued by appellant between ignorance of the existence of a law and mistake in its interpretation, the result of said distinction allegedly being that s. 19 of the *Criminal Code*, while being a bar to a defence of mistake of law, would not be to that of ignorance of law if the accused has exercised due diligence in the ascertainment of that law's existence.

In view of my disagreement with such an interpretation of s. 19 of the *Code*, I find it unnecessary to set out here those facts which would have been relevant to the issue of due diligence.

Molis and Hawkins attracted the attention of the Toronto R.C.M.P. drug squad in January 1976. Appellant Molis had been operating since August 1975 a laboratory in partnership with Hawkins through a limited company under the name of "Organic/Inorganic Research and Development Limited". This laboratory was, at least according to appellant and using his words, "basically to develop a line, test kits for determination of dangerous drugs, to manufacture a line of cosmetics, and to eventually get into the production of

ment, dans la municipalité du Toronto métropolitain, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, entre le 1er janvier 1976 et le 26 août 1976, ces deux dates étant incluses, fait le trafic d'une drogue d'usage restreint, appelée 3,4-méthylènedioxy-N-méthylamphétamine, en contravention du paragraphe 42(1) de la Loi des aliments et drogues.» (Dossier conjoint, à la p. 1.)

Brian Middleton Hawkins a aussi interjeté appel de sa déclaration de culpabilité à la Cour d'appel dans des procédures distinctes, puis, débouté, il s'est pourvu devant cette Cour. La Cour a entendu les deux pourvois en même temps; à l'audience, chaque appelant a ajouté à ses moyens d'appel ceux invoqués par l'autre. Disons dès le départ que la Cour a statué à l'audience sur les moyens soulevés dans l'avis d'appel et le mémoire de Hawkins concernant la recevabilité en preuve de conversations privées interceptées. La Cour a dit aux deux appelants que ces moyens d'appel étaient rejetés et qu'elle mettait les deux affaires en délibéré quant aux autres moyens soulevés à l'origine par l'appelant Molis. Celui-ci a fait valoir une distinction entre l'ignorance de l'existence d'un texte de loi et l'erreur dans son interprétation; cette distinction aurait pour effet que, tout en excluant une défense d'erreur de droit, l'art. 19 du *Code criminel* n'interdirait pas une défense d'ignorance de la loi si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable dans ses recherches sur l'existence de cette loi.

Comme je ne suis pas d'accord avec cette interprétation de l'art. 19 du *Code*, j'estime inutile d'exposer ici les faits qui auraient été pertinents à la question de diligence raisonnable.

Molis et Hawkins ont attiré l'attention de l'escouade des stupéfiants de la G.R.C. à Toronto en janvier 1976. Depuis août 1975, l'appelant Molis exploitait un laboratoire en association avec Hawkins par l'intermédiaire d'une compagnie connue sous le nom d'«Organic/Inorganic Research and Development Limited». Ce laboratoire devait, du moins aux dires de l'appelant, [TRADUCTION] «essentiellement mettre au point des articles, des trousses de vérification de drogues dangereuses, fabriquer une gamme de cosmétiques, et finale-

a limited quantity of research grade chemicals". (A.C. 2 at p. 201.) The police became concerned after "It had been ascertained that chemicals which in combination with others might produce drugs or substances on the controlled or restricted schedules of the *Food and Drugs Act* were being shipped to" (appellant's factum, at p. 2) appellant's company.

A police investigation revealed that appellant and his partner were manufacturing a chemical substance, 3-4-methylenedioxy-N-methylamphetamine, conveniently referred to as M.D.M.A. This substance is related chemically to another substance called M.D.A. which is a restricted drug listed in Schedule H of the *Food and Drugs Act* (R.S.C. 1970, c. F-27 and modifications).

It is of importance to know that when appellant started manufacturing M.D.M.A. this substance (M.D.M.A.) was not on the list of restricted drugs, and hence the manufacturing of that substance was perfectly legal, subject to compliance with other laws or regulations with which we are not in any way concerned here. Furthermore, it is to be noted that M.D.M.A. was added to Schedule H and that the required amendment to that schedule was done by a regulation that was published in the *Canada Gazette*, in June 1976. Notwithstanding said amendment, appellant continued producing M.D.M.A. and was arrested on August 26, near the premises of his company in possession in his briefcase of M.D.M.A. that was subsequently established as having been manufactured at his laboratory. The trial judge directed the jury in such a way as to properly limit the period of time during which appellant might have illegally manufactured M.D.M.A., being from the time the amendment was published in June in the *Canada Gazette* to August 26. Following a *voir dire*, the trial judge ruled as inadmissible under the circumstances of the case evidence that purported to establish that appellant and his partner had been as duly diligent as could be expected in their attempts to ascertain whether it was legal or not to

ment entreprendre la production d'une quantité limitée de produits chimiques destinés à la recherche». (Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 201.) La police s'est intéressée à l'affaire lorsqu' [TRADUCTION] «elle a constaté que des produits chimiques qui, combinés à d'autres, pourraient produire des drogues ou des substances énumérées aux annexes de la *Loi des aliments et drogues* comme produits contrôlés ou d'usage restreint, étaient expédiés» (factum de l'appelant à la p. 2) à la compagnie de l'appelant.

Une enquête policière a révélé que l'appelant et son associé fabriquaient une substance chimique, 3,4-méthylènodioxy-N-méthylamphétamine, que, pour plus de commodité, l'on appelle M.D.M.A. Cette substance est chimiquement rattachée à une autre appelée M.D.A., qui est une drogue d'usage restreint faisant partie de l'annexe H de la *Loi des aliments et drogues* (S.R.C. 1970, chap. F-27 et modifications).

Il est important de savoir que, lorsque l'appelant a commencé à fabriquer la M.D.M.A., celle-ci ne faisait pas partie de la liste des drogues d'usage restreint; il était donc parfaitement légal d'en fabriquer, en se conformant au besoin à d'autres lois ou règlements sans importance ici. En outre, il faut noter que la M.D.M.A. a été ajoutée à l'annexe H et que la modification de cette annexe a été apportée par un règlement publié dans la *Gazette du Canada* en juin 1976. Nonobstant cette modification, l'appelant a continué à produire de la M.D.M.A.; il a été arrêté le 26 août, près des locaux de sa compagnie, avec de la M.D.M.A. dans son porte-documents. On a par la suite établi qu'elle avait été fabriquée dans son laboratoire. Le juge du procès a instruit le jury de manière à limiter la période pendant laquelle l'appelant a pu fabriquer illégalement de la M.D.M.A., soit de la date de la publication de la modification dans la *Gazette du Canada* en juin jusqu'au 26 août. Après un voir dire, il a déclaré irrecevable dans les circonstances de l'espèce la preuve qui tendait à établir que l'appelant et son associé avaient été aussi diligents que possible dans leurs efforts pour vérifier si la fabrication de M.D.M.A. était légale ou non et que, jusqu'au moment de leur arrestation, ils ne savaient pas que la M.D.M.A. était

manufacture M.D.M.A. and that they did not know until the time of their arrest that M.D.M.A. had become a restricted drug.

This ruling was the result of two findings on the part of the trial judge. He first found that:

> ... ignorance of the accused as to the state of the statute and the regulations and the schedule throughout the period set forth in the indictment, provides no defence, and that evidence proposed to be introduced to prove such ignorance and any steps taken by the accused to obtain knowledge of the law, is inadmissible. (A.C. 2, at p. 227.)

His attention was then drawn to a decision by a county court judge in Nova Scotia in the case of *R. v. Maclean*[1], where it was held that when interpreting s. 19 of the *Criminal Code* a distinction is to be made between statutes and subordinate legislation due to the fact that the latter are not normally so discoverable or available as the former. Attorney for appellant drew the judge's attention to the *Maclean* case by asking him for some clarification:

> ... I take it," said he, "from my interpretation of what you have said, that firstly, even assuming the correctness of Maclean, you feel that the evidence falls short. However, you don't feel that the decision of Maclean is correct in law. Have I correctly interpreted Your Honour's reasons?

The judge then replied

> No. I think in some instances the decision and result reached by Judge O'Hearn may be correct, but I note the exceptions that he did make at the top of page 101, which I read, that he places certain limitations upon his reasoning, and I do too.

The passage by O'Hearn, Co. Ct. J., to which the judge was alluding is as follows:

> The significance of this case as well as of the many exceptions noted in Williams' work is that *Criminal Code*, s. 19, is not absolute and cannot be applied without reserve to every situation where the essential mistake is one of law. Apart from the exceptions arising out of specific mental elements of culpability such as fraud, Williams suggests several other approaches to exceptions, of which two seem to be pertinent to this case. The first is the case where the conduct is not

[1] (1974), 17 C.C.C. (2d) 84.

devenue une drogue d'usage restreint.

Cette décision est le résultat de deux conclusions du juge du procès. Il a d'abord conclu que:

> [TRADUCTION] ... l'ignorance de l'accusé quant à l'état de la loi, des règlements et de l'annexe pendant toute la période mentionnée dans l'acte d'accusation, ne constitue pas un moyen de défense, et que la preuve que l'on veut produire pour démontrer cette ignorance et toutes les mesures que l'accusé a prises pour prendre connaissance de la loi, est irrecevable. (Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 227.)

Il s'est ensuite penché sur une décision d'un juge de cour de comté de la Nouvelle-Écosse, *R. v. Maclean*[1], portant que, dans l'interprétation de l'art. 19 du *Code criminel*, il faut faire une distinction entre les lois et les règlements parce que ces derniers ne sont normalement pas aussi faciles à découvrir ou à obtenir. L'avocat de l'appelant a attiré l'attention du juge sur l'affaire *Maclean* en lui demandant des éclaircissements:

> [TRADUCTION] ... Suivant mon interprétation de ce que vous avez dit, je comprends premièrement que, même en présumant que le jugement dans Maclean est bien fondé, vous estimez que la preuve et insuffisante. Cependant vous n'estimez pas que la décision Maclean est bien fondée en droit. Ai-je bien interprété vos motifs, M. le juge?

Le juge a répondu:

> [TRADUCTION] Non, je crois que dans certaines circonstances, la décision du juge O'Hearn peut être bien fondée, mais je note les exceptions qu'il a formulées au début de la page 101, que j'ai lues; il assortit son raisonnement de certaines réserves, et je fais de même.

Voici l'extrait des motifs du juge O'Hearn de la cour de comté auquel le juge fait allusion:

> [TRADUCTION] L'importance de cette affaire et des nombreuses exceptions notées dans l'ouvrage de Williams est que l'art. 19 du *Code criminel* n'est pas absolu et ne peut s'appliquer sans réserve à toutes les situations où l'erreur fondamentale est une erreur de droit. Outre les exceptions qui découlent des éléments mentaux spécifiques de culpabilité comme dans le cas de fraude, Williams énumère plusieurs autres manières d'aborder les exceptions, dont deux me semblent pertinentes en

[1] (1974), 17 C.C.C. (2d) 84.

generally realized to be wrongdoing because people do not categorize it as immoral, or because knowledge of the applicable law is generally confined to a small and special circle to which the accused does not belong. To my mind, it might be objected to the latter category, that if an accused wishes to indulge in an activity that requires special knowledge including knowledge of the applicable law, he can fairly be held to be under an obligation to acquire that knowledge.

His reference to this excerpt makes it clear that the judge then found, and this is the second of the two findings I referred to previously, that there are cases where s. 19 of the *Criminal Code* is not a bar to a defence of ignorance of the law, but that under the circumstances of the case at bar he felt that on account of the appellant having indulged in an activity requiring special knowledge this defence was not open to him.

The Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal saying:

> Assuming without deciding that ignorance of a Regulation which has been duly published in the Canada Gazette, pursuant to the *Statutory Instruments Act*, S.C. 1970-71-72, c. 38, might in some circumstances be a defence if all reasonable diligence had been exercised to ascertain its existence, we are all of the view that the inquiries made by the appellants in this case, did not meet the required standard of diligence. (A.C. 2, at p. 403.)
>
> . . .
>
> . . . In all the circumstances, we are of the view that the trial judge did not err in refusing to submit to the jury ignorance of law as a defence. Accordingly, the appeals from conviction are dismissed.

Let me say at once that if the defence exists then its success or failure is to be determined by the trier of fact, (in this case the jury), unless the evidence is to be excluded as a result of the application of some evidentiary exclusionary rule, which is not the case here.

Since I am, in any event, of the opinion that the defence does not exist, I find it unnecessary to determine whether the Court of Appeal was right

l'espèce. La première est lorsque l'acte accompli n'est généralement pas considéré comme mauvais parce que les gens ne le classent pas comme immoral ou parce que la connaissance de la loi applicable est généralement réservée à un groupe restreint et particulier dont l'accusé ne fait pas partie. A mon avis, on pourrait opposer à cette dernière catégorie que si une personne veut se lancer dans une activité qui exige des connaissances particulières, dont la connaissance de la loi applicable, on peut à juste titre conclure qu'il a l'obligation d'acquérir cette connaissance.

Son renvoi à cet extrait montre clairement que le juge a alors conclu, et c'est là la seconde conclusion dont j'ai parlé précédemment, qu'il y a des cas où l'art. 19 du *Code criminel* n'exclut pas une défense d'ignorance de la loi, mais que, dans les circonstances de l'espèce, il était d'avis que l'appelant ne pouvait invoquer ce moyen de défense parce qu'il s'était lancé dans une activité qui exigeait des connaissances particulières.

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel de la manière suivante:

> [TRADUCTION] Présumant, mais sans nous prononcer sur la question, que l'ignorance d'un règlement dûment publié dans la Gazette du Canada conformément à la *Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, chap. 38, pourrait dans certaines circonstances constituer un moyen de défense si on a vraiment fait preuve de diligence raisonnable pour en vérifier l'existence, nous sommes tous d'avis que les recherches entreprises par l'appelant en l'espèce ne satisfont pas aux normes de diligence requises. (Dossier conjoint, vol. 2, à la p. 403.)
>
> . . .
>
> . . . Vu les circonstances, nous sommes d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'ignorance de la loi. Par conséquent, les appels de la déclaration de culpabilité sont rejetés.

Qu'il me soit permis de dire dès maintenant que si ce moyen de défense existe, son acceptation ou son rejet dépendra de la décision du juge des faits (en l'espèce le jury), à moins que la preuve doive être écartée par suite de l'application par le juge du droit de quelque règle d'exclusion de la preuve, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Puisque de toute façon je suis d'avis que ce moyen de défense n'existe pas, j'estime inutile de trancher la question de savoir si la Cour d'appel a

in resorting as it did conditionally to s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* when it found that appellant had in any event not met "the recognized standard of diligence"; also, it is for that reason that I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the trial judge did not err in refusing to submit to the jury ignorance of the law as a defence.

In support of his contention before us that the defence is in this case available, appellant makes two sets of distinctions:

—The difference between mistake of law and ignorance of law.
—The difference between ignorance of statute and that of subordinate legislation.

The latter distinction is said to be relevant in determining whether an accused has or has not been duly diligent in ascertaining the existence of legislation by considering the degree of discoverability and of availability of the law applicable to the case under consideration.

Section 19 of the *Criminal Code* reads as follows:

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

Appellant argues that when Parliament says ignorance of law, it in effect means mistake of law, *i.e.* the wrong interpretation of the law, and that ignorance of the existence of a relevant penal provision is a defence if an accused has exercised due diligence in ascertaining the existence of that provision.

Appellant seeks support for the distinction in the fact that most reported cases, where s. 19 has operated as a bar to a defence coined as one of ignorance of law, were in effect situations that amounted to "mistake(s) of law".

Whatever may be the merit of such a distinction, and this is said without pronouncing on its acceptability, Parliament has by the clear and unequivocal language of s. 19 chosen not to make any distinction between ignorance of the existence of the law and that as to its meaning, scope or application. Parliament has also clearly expressed

eu raison de recourir comme moyen subsidiaire au sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* lorsqu'elle a conclu que de toute façon l'appelant n'avait pas satisfait «aux normes de diligence requises»; aussi, c'est pour cette raison que j'accepte la conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant de soumettre au jury la défense d'ignorance de la loi.

A l'appui de sa prétention qu'il peut invoquer ce moyen de défense en l'espèce, l'appelant nous a fait valoir deux distinctions:

—La différence entre l'erreur de droit et l'ignorance de la loi.
—La différence entre l'ignorance d'une loi et celle d'un règlement.

La dernière distinction serait pertinente quand il s'agit de déterminer si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable dans ses recherches sur l'existence de la loi, compte tenu de la difficulté de découvrir et d'obtenir le texte applicable à l'affaire en cause.

L'article 19 du *Code criminel* se lit comme suit:

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction.

L'appelant allègue que, lorsque le Parlement parle d'ignorance de la loi, il veut dire en fait erreur de droit, c.-à-d. l'interprétation erronée de la loi, et que l'ignorance de l'existence d'une disposition pénale pertinente constitue une défense si l'accusé a fait preuve de diligence raisonnable dans ses recherches sur l'existence de cette disposition.

L'appelant cherche à appuyer cette distinction sur le fait que la plupart des décisions publiées, où l'art. 19 a fait échec au moyen de défense dit d'ignorance de la loi, portent en fait sur des situations qui équivalent à des «erreur(s) de droit».

Quel que puisse être le bien-fondé de cette distinction (ce sur quoi je ne me prononce pas), le Parlement a choisi, par les termes clairs et non équivoques de l'art. 19, de ne faire aucune distinction entre l'ignorance de l'existence de la loi et celle de son sens, de sa portée ou de son application. Le Parlement a aussi clairement exprimé la

the will that s. 19 of the *Criminal Code* be a bar to any such defence, be the offence one created by an "enactment", (s. 27(2) of the *Interpretation Act* R.S.C. 1970 c. I-23) as is the case here.

Indeed s. 27(2) of the *Interpretation Act, supra*, says:

(2) All the provisions of the *Criminal Code* relating to indictable offences apply to indictable offences created by an enactment, and all the provisions of the *Criminal Code* relating to summary conviction offences apply to all other offences created by an enactment, except to the extent that the enactment otherwise provides.

Parliament has however recognized that, when the commission of an offence is dependent upon a regulation, some consideration should be given to the fact that regulations are less "discoverable" or "available". As a result Parliament has relaxed somewhat the rigours of s. 19 of the *Criminal Code* by enacting s. 11(2) of the *Statutory Instruments Act*, S.C. 1970-71-72, c. 38 which states:

11. (2) No regulation is invalid by reason only that it was not published in the *Canada Gazette*, but no person shall be convicted of an offence consisting of a contravention of any regulation that at the time of the alleged contravention was not published in the *Canada Gazette* in both official languages unless

(*a*) the regulation was exempted from the application of subsection (1) pursuant to paragraph (*c*) of section 27, or the regulation expressly provides that it shall apply according to its terms before it is published in the *Canada Gazette*, and

(*b*) it is proved that at the date of the alleged contravention reasonable steps had been taken to bring the purport of the regulation to the notice of those persons likely to be affected by it.

However such an abatement of the rigours of s. 19 of the *Criminal Code* offers no solace to appellant as his conviction was for the manufacturing of M.D.M.A. during a period posterior to the publication in the *Canada Gazette* of the relevant amendment.

At the hearing before us, appellant further argued that this Court in the case of *R. v. Sault*

volonté que l'art. 19 du *Code criminel* constitue une fin de non-recevoir à toute défense de cette espèce, même si l'infraction est créée par un texte législatif (par. 27(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23) comme c'est le cas en l'espèce.

Voici le texte du par. 27(2) de la *Loi d'interprétation*:

(2) Toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux actes criminels s'appliquent aux actes criminels créés par un texte législatif, et toutes les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent à toutes les autres infractions créées par un texte législatif, sauf dans la mesure où ce dernier en décide autrement.

Le Parlement a toutefois reconnu que, lorsque la perpétration d'une infraction est subordonnée à un règlement, il faut accorder une certaine importance au fait que les règlements sont moins faciles à découvrir ou à obtenir. Il a par conséquent adouci quelque peu la rigueur de l'art. 19 du *Code criminel* en édictant le par. 11(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*, S.C. 1970-71-72, chap. 38 que voici:

11. (2) Aucun règlement n'est invalide du seul fait qu'il n'a pas été publié dans la *Gazette du Canada*; mais personne ne doit être condamné pour une infraction consistant en une violation d'un règlement qui, au moment de la violation imputée, n'était pas publié dans la *Gazette du Canada* dans les deux langues officielles, sauf

a) si le règlement était soustrait à l'application du paragraphe (1), en application de l'alinéa *c*) de l'article 27, ou s'il déclare expressément qu'il produira effet conformément à ses propres termes avant publication dans la *Gazette du Canada*, et

b) s'il est prouvé qu'à la date de la violation imputée des mesures raisonnables avaient été prises pour porter la teneur du règlement à la connaissance des personnes susceptibles d'être touchées par ce dernier.

Cependant cette atténuation de la rigueur de l'art. 19 du *Code criminel* n'est d'aucun réconfort pour l'appelant, car il a été déclaré coupable d'avoir fabriqué de la M.D.M.A. ultérieurement à la publication de la modification applicable dans la *Gazette du Canada*.

A l'audience devant nous, l'appelant a également plaidé que dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-*

Ste.Marie[2] recognized for certain offences the existence of a defence of due diligence. The offence in the present case is worded as follows in the *Food and Drugs Act*:

42.(1) No person shall traffic in a restricted drug or any substance represented or held out by him to be a restricted drug.

(2) No person shall have in his possession any restricted drug for the purpose of trafficking.

(3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an offence and is liable

(*a*) upon summary conviction, to imprisonment for eighteen months; or

(*b*) upon conviction on indictment, to imprisonment for ten years. 1968-69, c. 41, s. 10.

It is clear to me that we are dealing here with an offence that is not to be considered as one of absolute liability and, hence, a defence of due diligence is available to an accused. But I hasten to add that the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste.Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Alan S. Price, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[2] [1978] 2 S.C.R. 1299.

Marie[2], cette Cour a reconnu pour certaines infractions l'existence de la diligence raisonnable comme moyen de défense. Voici la disposition de la *Loi des aliments et drogues* qui crée l'infraction en l'espèce:

42. (1) Nul ne doit faire le trafic d'une drogue d'usage restreint ou d'une substance quelconque qu'il représente ou offre comme étant une drogue d'usage restreint.

(2) Nul ne doit avoir en sa possession une drogue d'usage restreint aux fins d'en faire le trafic.

(3) Quiconque contrevient aux dispositions des paragraphes (1) ou (2) est coupable d'une infraction et encourt,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, un emprisonnement de dix-huit mois; ou

b) sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation, un emprisonnement de dix ans. 1968-69, c. 41, art. 10.

Il me paraît évident que nous sommes en présence d'une infraction qu'on ne doit pas considérer comme une infraction de responsabilité absolue et que, par conséquent, un accusé peut invoquer la diligence raisonnable comme moyen de défense. Mais je m'empresse d'ajouter que l'arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Alan S. Price, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[2] [1978] 2 R.C.S. 1299.

Frank Walden *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 3.

Present: Martland, Ritchie, Estey, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Jurisdiction — Alleged contravention of s. 3(1) of the Postal Services Continuation Act, 1978 (Can.), c. 1 — Charge of contravening Act of Parliament — Whether any evidence before trial judge on which jury might reasonably conclude charge proved — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 115(1).

APPEAL by the accused from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], allowing the Crown's appeal from a directed verdict of acquittal on a charge under s. 115(1) of the *Criminal Code*[2] and directing that a new trial be held. Appeal dismissed.

S. Rush, for the appellant.

M. M. de Weerdt, Q.C., and *W. Heinrich*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

MARTLAND J.—We are all in agreement with the specific reasons stated by McFarlane J.A. in the Court of Appeal for allowing the Crown's appeal to that Court. Accordingly the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Stuart Rush, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

[1] Not yet reported.
[2] (1979), 8 C.R. (3d) 263.

Frank Walden *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 3 décembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Estey, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Compétence — Prétendue contravention à l'art. 3(1) de la Loi sur le maintien des services postaux, 1978 (Can.), chap. 1 — Accusation d'avoir contrevenu à une loi du Parlement — Présence ou non d'éléments de preuve devant le juge du procès qui auraient pu raisonnablement permettre au jury de conclure que l'accusation était prouvée — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 115(1).

POURVOI interjeté par l'accusé à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a accueilli un appel interjeté par le ministère public d'un verdict d'acquittement imposé sur une accusation en vertu de l'art. 115(1) du *Code criminel*[2] et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

S. Rush, pour l'appelant.

M. M. de Weerdt, c.r., et *W. Heinrich*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Nous sommes tous d'accord avec les motifs spécifiques donnés par le juge McFarlane en Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par le ministère public. Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Stuart Rush, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

[1] encore inédit.
[2] (1979), 8 C.R. (3d) 263.

Katie Harper also known as Katie Down *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Murder conviction — Failure to hold voir dire on crucial statement allegedly made by accused to police officer — New trial ordered — Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], dismissing, by a majority, the appellant's appeal against her conviction of first degree murder. Appeal allowed.

H. E. Wolch and *H. Leonoff*, for the appellant.

J. G. Dangerfield, Q.C., and *S. J. Whitley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that, in the circumstances of this case, there should be a new trial for failure to hold a *voir dire* on a statement allegedly made by the accused to a police officer which, admittedly, related to a crucial point in the trial and could well have made the difference between first and second degree murder. We reaffirm the judgment of this Court in *Erven v. The Queen*[2]. This is not a case for applying s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

It becomes unnecessary, therefore, to deal with the second point raised by the appellant respecting the introduction of new evidence.

In the result, the appeal is allowed, the judgment of the Manitoba Court of Appeal is set aside,

[1] (1980), 2 Man. R. (2d) 153.
[2] [1979] 1 S.C.R. 926.

Katie Harper alias Katie Down *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Déclaration de culpabilité de meurtre — Défaut de tenir un voir dire relatif à une déclaration cruciale supposément faite par l'accusée à un policier — Nouveau procès ordonné — Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a majoritairement rejeté l'appel interjeté par l'appelante de sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli.

H. E. Wolch et *H. Leonoff*, pour l'appelante.

J. G. Dangerfield, c.r., et *S. J. Whitley*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcée oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que, dans les circonstances de cette affaire, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès vu le défaut de tenir un voir dire à l'égard de la déclaration que l'accusée aurait faite à un agent de police. Il est admis que cette déclaration portait sur un point crucial du procès et aurait bien pu faire la différence entre un meurtre au premier et au deuxième degré. Nous confirmons l'arrêt de cette Cour dans *Erven c. La Reine*[2]. Le sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel* n'est pas applicable en l'espèce.

Il devient donc inutile de traiter du second point soulevé par l'appelante relatif à la production de nouveaux éléments de preuve.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba est infirmé, la décla-

[1] (1980), 2 Man. R. (2d) 153.
[2] [1979] 1 S.C.R. 926.

and the conviction is quashed and a new trial is directed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Wolch, Pinx, Scurfield, Martin & Wyant, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Manitoba, Winnipeg.

ration de culpabilité est cassée et un nouveau procès est ordonné.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Wolch, Pinx, Scurfield, Martin & Wyant, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Ernest Charles Williams *Appellant*;

and

Patricia Judith Jacqueline Hillier and Harry Ian Hillier *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick, the Attorney General of Saskatchewan and the Attorney General of Alberta *Interveners.*

1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Adoption — Decree nisi granting custody of children to mother and access to father — Order providing for adoption by mother and second husband — Order of adoption not affected by question of paramountcy — The Child Welfare Act, C.C.S.M., c. C80 — Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], dismissing an appeal from an order of absolute adoption in respect of the appellant's two children. Appeal quashed.

J. R. Nickerson, for the appellant.

A. C. Arenson, for the respondents.

T. B. Smith, Q.C., and *M. L. Basta*, for the Attorney General of Canada.

R. M. Carr and *R. Diamond*, for the Attorney General of Manitoba.

J. J. Cavarzan, Q.C., and *E. Goldberg*, for the Attorney General of Ontario.

H. Brun and *O. Laverdière*, for the Attorney General of Quebec.

A. D. Reid, for the Attorney General of New Brunswick.

[1] (1979), 2 Man. R. (2d) 251.

Ernest Charles Williams *Appelant*;

et

Patricia Judith Jacqueline Hillier et Harry Ian Hillier *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, 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.*

1980: 18 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Adoption — Jugement conditionnel accordant la garde des enfants à la mère et un droit de visite au père — Jugement d'adoption par la mère et le second mari — Ordonnance d'adoption non touchée par la question de suprématie — The Child Welfare Act, C.C.S.M., chap. C80 — Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a rejeté un appel d'un jugement irrévocable d'adoption visant les deux enfants de l'appelant. Pourvoi annulé.

J. R. Nickerson, pour l'appelant.

A. C. Arenson, pour les intimés.

T. B. Smith, c.r., et *M. L. Basta*, pour le procureur général du Canada.

R. M. Carr et *R. Diamond*, pour le procureur général du Manitoba.

J. J. Cavarzan, c.r., et *E. Goldberg*, pour le procureur général de l'Ontario.

H. Brun et *O. Laverdière*, pour le procureur général du Québec.

A. D. Reid, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

[1] (1979), 2 Man. R. (2d) 251.

L. M. Brierley, for the Attorney General of Saskatchewan.

B. A. Crane, Q.C., for the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that the position of counsel for the appellant, which was thoroughly canvassed before this Court, has emptied this appeal of any constitutional issue. It was on the constitutional question put by the Court that leave to appeal was granted, as is admitted by counsel for the appellant and as is asserted in the factum of the respondent.

In the circumstances, we are all of the view that this appeal should be quashed. There will be no order as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

Solicitor for the respondents: A. C. Arenson, Winnipeg.

L. M. Brierley, pour le procureur général de la Saskatchewan.

B. A. Crane, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que la position de l'avocat de l'appelant, qui a été débattue à fond devant cette Cour, a vidé ce pourvoi de tout litige constitutionnel. Or l'autorisation d'appeler a été accordée sur la question constitutionnelle formulée par la Cour, comme l'admet l'avocat de l'appelant et l'affirme le mémoire des intimés.

Dans les circonstances, nous sommes tous d'avis que ce pourvoi doit être annulé. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: D'Arcy & Deacon, Winnipeg.

Procureur des intimés: A. C. Arenson, Winnipeg.

626 082 762 Private R.C. MacKay, Canadian Forces, Regular Force *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: February 5; 1980: July 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT

Constitutional law — Court martial — Equality before the law — Military prosecutor rather than Attorney General — Independent and impartial tribunal — Canadian Bill of Rights, ss. 1(a), 1(b), 2(e) and 2(f) — British North America Act, s. 91(7).

The appellant, a member of the Canadian Forces, Regular Force, was tried by a Standing Court Martial on seven charges under s. 120 of the *National Defence Act*, six of the charges relating to trafficking in a narcotic, contrary to s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, and one relating to possession of a narcotic, contrary to s. 3 of the *Narcotic Control Act*. He was found not guilty on one of the trafficking charges and guilty on the other six charges. His sentence was sixty days' detention. On appeal to the Court Martial Appeal Court, his conviction on one of the trafficking charges was set aside and his conviction on the remaining five charges was affirmed. The trafficking offences of which he remained convicted involved other members of the armed forces and three of these offences took place on army barracks. The possession offence was also committed there.

The Court was asked to answer the following constitutional questions: 1. Are the provisions of the *National Defence Act* which authorized the trial by service tribunals of military personnel charged with criminal offences committed in Canada, contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code*, inoperative by reason of ss. 1(*a*), 1(*b*), 2(*e*) and 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*? 2. Is the *National Defence Act*, in as far as it permits criminal proceedings before service tribunals . . . to be instituted and conducted by military prosecutor and not by the Attorney General of a province or the Attorney General of Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada?

626 082 762 Soldat R. C. MacKay, Force régulière des Forces canadiennes *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 5 février; 1980: 18 juillet.

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

EN APPEL DU TRIBUNAL D'APPEL DES COURS MARTIALES

Droit constitutionnel — Cour martiale — Égalité devant la loi — Procureur à charge militaire au lieu du procureur général — Tribunal indépendant et non préjugé — Déclaration canadienne des droits, art. 1a), 1b), 2e) et 2f) — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(7).

L'appelant, qui fait partie de la force régulière des Forces canadiennes, a été jugé par une Cour martiale permanente sur sept accusations portées conformément à l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale*, six des accusations ont trait au trafic d'un stupéfiant contrairement au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, et la dernière à la possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a été acquitté sur l'une des accusations de trafic et déclaré coupable sur les six autres chefs. Il a été condamné à soixante jours d'emprisonnement. En appel, le Tribunal d'appel des cours martiales a infirmé sa déclaration de culpabilité sur une des accusations de trafic et l'a confirmée sur les cinq accusations restantes. Les infractions de trafic dont il a été déclaré coupable impliquent d'autres membres des forces armées et trois d'entre elles avaient été commises dans des casernes militaires. L'infraction de possession y avait également été commise.

On a demandé à cette Cour de répondre aux questions constitutionnelles suivantes: 1. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès du personnel militaire accusé d'infractions criminelles commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel* devant des tribunaux militaires, sont-elles inopérantes en raison des al. 1*a*), 1*b*), 2*e*) et 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*? 2. Est-ce que la *Loi sur la défense nationale* est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle permet au procureur à charge militaire et non au procureur général d'une province ou au procureur général du Canada d'instituer et de mener des poursuites criminelles devant des tribunaux militaires pour des infractions commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel*?

Held (Laskin C.J. and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed and both questions answered in the negative.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ.: The *National Defence Act*, pursuant to which the charges were laid in this case, is legislation enacted in fulfillment of the legislative authority assigned to Parliament by s. 91(7) of the *B.N.A. Act* which provides that "the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to ... Militia, Military and Naval Service, and Defence". This authority must include the authority to enact legislation for regulation and control of the behaviour and discipline of members of the service, and this in turn includes the making of provision for the establishment of courts to enforce such legislation. *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, where this Court held that s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner, is directly contrary to the contention advanced by the appellant under s. 1(*b*) of the *Bill of Rights*.

The appellant's contention that the provision for charging an accused serviceman either before a court martial or a civilian court exposes him to a duality of criminal procedures which is a badge of inequality before the law is untenable. It is to be remembered that under the *National Defence Act* the jurisdiction of the civil courts is never ousted (s. 61(1)) and that the military law, which stands side by side with the general law of the land, is equally part of the law of the land although limited to members of the armed services. The implementation of s. 120 of the *National Defence Act* of necessity occasions differences in the treatment of service personnel and civilians, and it is not inconsistent with the concept of equality before the law for Parliament to make a law that, for sound reasons of legislative policy, applies to one class of persons and not to another class. There is no deprivation of human rights in the manner in which the appellant was charged and his trial convened.

The appellant's submission that he was deprived of a hearing by an independent and impartial tribunal because the president of the standing court martial was a member of the armed forces is equally untenable. There is no evidence to suggest that the president acted in a partial manner or that his appointment resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté et les deux questions reçoivent une réponse négative.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Chouinard: La *Loi sur la défense nationale*, en vertu de laquelle les accusations ont été portées en l'espèce, est une loi édictée en application de l'obligation de légiférer assignée au Parlement par le par. 91(7) de l'*A.A.N.B.* qui dispose: «... l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à ... la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays». Ce pouvoir doit comporter celui d'édicter des lois pour réglementer et régir les membres des forces armées, ce qui implique en conséquence l'adoption de dispositions établissant des tribunaux chargés de leur application. Dans l'arrêt *Prata c. Le ministre de la Main d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, où cette Cour a décidé que l'al. *b*) du par. (1) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exige pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus, va directement à l'encontre de la prétention que l'appelant fonde sur l'al. 1*b*) de la *Déclaration des droits* en l'espèce.

La prétention de l'appelant que la possibilité de porter des accusations contre un militaire devant une cour martiale ou devant un tribunal civil l'expose à une dualité de poursuites criminelles caractéristique de l'inégalité devant la loi, est insoutenable. Il faut cependant garder à l'esprit qu'en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, la compétence des tribunaux civils n'est jamais exclue (par. 61(1)) et que le droit militaire, qui côtoie de près le droit commun général, en fait lui-même partie, quoiqu'il soit restreint dans son application aux membres des forces armées. L'application de l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* entraîne nécessairement des différences entre la façon dont sont traités les membres des forces armées et les civils et le principe de l'égalité devant la loi n'interdit pas au Parlement d'adopter, pour des raisons dictées par une saine politique législative, des lois qui s'appliquent à une catégorie de personnes à l'exclusion d'une autre. La manière dont l'appelant a été inculpé et son procès intenté n'a pas violé ses droits fondamentaux.

La prétention de l'appelant qu'il a été privé d'une audition par un tribunal indépendant et non préjugé parce que le président de la cour martiale permanente était membre des forces armées est aussi insoutenable. Absolument rien ne laisse entendre que le président ait agi avec partialité ou que sa nomination a eu pour résultat de priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce

The first question should therefore be answered in the negative.

With respect to the second question, the power here to designate a federal agent to conduct the prosecution of the offence is one which is properly within federal competence. The issue was settled in the *Hauser* case, [1979] 1 S.C.R. 984. This question should also be answered in the negative.

Per Dickson and McIntyre JJ.: The *National Defence Act* has not been declared to be operative against the provisions of the *Bill of Rights*, whose provisions must therefore be borne in mind in construing the Act.

The appellant's submission that a trial by court martial offends the *Bill of Rights* in that it deprives the serviceman of his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal, as provided for in s. 2(*f*), cannot be accepted. From the earliest times, officers of the armed forces have had this judicial function. Service officers are not less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them than are those who are appointed to judicial office in the civilian society. Furthermore, the existence of a Court Martial Appeal Court, a professional Court of Appeal with a general appellate jurisdiction over the courts martial, is a significant safeguard.

The appellant's second point raises the question whether the trial of servicemen by court martial under military law for an offence under the criminal law of Canada deprives the serviceman of equality before the law contrary to the provisions of s. 1(*b*) and s. 2 of the *Bill of Rights*. Judicial construction of the words "equality before the law" has advanced the proposition that legislation passed by Parliament does not offend against the principle of equality before the law if passed in pursuance of a "valid federal objective". It is incontestable that Parliament has the power to legislate in such a way as to affect one group or class in society as distinct from another without any necessary offence to the *Bill of Rights*. The question which must be resolved in each case is whether an inequality that may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unneccessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

The creation of a body of military law and the tribunals necessary for its administration, involving as a

résultat. La première question doit donc recevoir une réponse négative.

Quant à la seconde question, le pouvoir en l'espèce de nommer un fonctionnaire fédéral pour mener la poursuite relative à l'infraction ressortit à bon droit à la compétence fédérale. La question a été résolue dans l'arrêt *Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984. Elle doit aussi recevoir une réponse négative.

Les juges Dickson et McIntyre: On n'a pas déclaré que la *Loi sur la défense nationale* devait s'appliquer nonobstant les dispositions de la *Déclaration des droits* et il faut donc en garder les dispositions à l'esprit quand on interprète la Loi.

La plaidoirie de l'appelant, qu'un procès en cour martiale contrevient à la *Déclaration des droits* parce qu'elle prive le militaire de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, comme le prévoit l'al. 2*f*), ne peut être acceptée. Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire. Les officiers ne sont pas moins aptes que des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe. De plus, l'existence d'un Tribunal d'appel des cours martiales, une cour d'appel professionnelle ayant une compétence générale d'appel sur les cours martiales, est une garantie importante.

Le deuxième moyen de l'appelant soulève la question de savoir si le fait que les militaires sont jugés par une cour martiale conformément au droit militaire pour une infraction au droit criminel canadien les prive de l'égalité devant la loi en violation de l'al. 1*b*) et de l'art. 2 de la *Déclaration des droits*. L'interprétation prétorienne de l'expression «égalité devant la loi» a avancé la proposition qu'une loi adoptée par le Parlement ne contrevient pas au principe de l'égalité devant la loi si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un «objectif fédéral régulier». Il est incontestable que le Parlement a le pouvoir de légiférer de façon à viser un groupe ou une catégorie de la société plutôt qu'un autre sans nécessairement enfreindre pour autant la *Déclaration des droits*. La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

La création d'un droit militaire et des tribunaux que requiert son application, ce qui implique nécessairement

necessary incident thereto different treatment at law for servicemen in certain cases from that afforded to civilians, does not by itself constitute a denial of equality before the law. It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The provisions of the *National Defence Act*, in so far as they confer jurisdiction upon courts martial to try servicemen in Canada for offences which are offences under the penal statutes of Canada for which civilians might also be tried, and where the commission and nature of such offences has no necessary connection with the service, are inoperative as being contrary to the *Bill of Rights*. In the case at bar, the offences are sufficiently connected with the service to come within the jurisdiction of the military courts. Trafficking and possession of narcotics, in a military establishment, can have no other tendency than to attack the standards of discipline and efficiency of the service.

Per Laskin C.J. and Estey J. *dissenting*: Special treatment and special provision for the regulation of the armed forces in their character as such represents a reasonable classification which, so long as there is no irrelevant discrimination in the regulation, may well be compatible with the *Bill of Rights*. The contention, here, however, is that in respect of s. 120 of the *National Defence Act*, there has been a clear departure from an internal military code by the provision for prosecution, through military tribunals, of offences under the ordinary criminal law but without putting the accused members of the armed forces in the same position under that law as are other members of the public when similarly charged.

It is fundamental that when a person, whatever his or her status or occupation, is charged with an offence under the ordinary criminal law and is to be tried under that law and in accordance with its prescriptions, he or she is entitled to be tried before a court of justice, separate from the prosecution and free from any suspicion of influence of or dependency on others. There is nothing in such a case, where the person charged is in the armed forces, that calls for any special skill of a superior officer, as would be the case if a strictly service or discipline offence, relating to military activity, was involved. There has therefore, been a breach of s. 2(*f*) of the *Bill of Rights* in that the accused, charged with a criminal offence, was entitled to be tried by an independent and impartial tribunal.

que, dans certains cas, le traitement juridique des militaires sera différent de celui des civils, ne constitue pas en soi un déni d'égalité devant la loi. Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu'il faut respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Lorsque les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* confèrent aux cours martiales compétence pour juger des soldats au Canada pour des infractions qui constituent des infractions aux lois pénales canadiennes pour lesquelles des civils pourraient également être poursuivis, et lorsque ni la perpétration ni la nature de ces infractions ne sont nécessairement reliées aux forces armées, elles sont inopérantes parce que contraires à la *Déclaration des droits*. En l'espèce, les infractions sont suffisamment reliées à la vie militaire pour relever de la compétence des tribunaux militaires. Le trafic et la possession de stupéfiants, sur une base militaire, ne peuvent avoir d'autre effet que de porter atteinte aux niveaux de discipline et d'efficacité des forces armées.

Le juge en chef Laskin et le juge Estey, *dissidents*: Un traitement spécial et une réglementation spéciale des forces armées à ce titre constituent une classification raisonnable qui, tant que la réglementation ne comporte aucune discrimination non pertinente, est sans doute compatible avec la *Déclaration des droits*. On prétend toutefois en l'espèce que l'on a nettement débordé du cadre d'un code militaire interne par l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* puisqu'on y prévoit la poursuite d'infractions aux lois pénales ordinaires devant des tribunaux militaires, sans que les membres des forces armées accusés soient placés, face à ces lois, dans la même situation que les autres membres du public accusés des mêmes infractions.

Il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées n'exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Par conséquent, l'al. 2*f*) de la *Déclaration des droits* a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé.

The appellant is also entitled to succeed on the ground that he was denied equality before the law, contrary to s. 1(*b*) of the *Bill of Rights*. There cannot be in this country two such disparate ways of trying offences against the ordinary law, depending on whether the accused is a member of the armed forces or not. In the *Drybones* case it was Indians and here it is members of the armed forces who were under disabilities; treated differently, in short, from other persons in respect of the application to them of the same law. Section 120 of the *National Defence Act* must be held to be inoperative in so far as it subjects members of the armed forces to a different and, indeed, more onerous liability for a breach of ordinary law than are other persons in Canada who are also governed by that law.

[*Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Bliss v. The Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Court of Sessions, Ex p. Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court varying the judgment of a Standing Court Martial. Appeal dismissed, the Chief Justice and Estey J. dissenting.

B. A. Crane, Q.C., and *D. R. Wilson*, for the appellant.

T. B. Smith, Q.C., and *S. H. Forster*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey J. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The appellant is a member of the Canadian armed forces stationed in Victoria, British Columbia. He was tried by a Standing Court Martial on seven charges under s. 120 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, as amended, six of the charges relating to trafficking in a narcotic, contrary to s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, and one relating to possession of a narcotic, contrary to s. 3 of the *Narcotic Control Act*. He was found not guilty on one of the trafficking charges and guilty on the

L'appelant doit également avoir gain de cause en l'espèce parce qu'il a été privé du droit à l'égalité devant la loi, contrairement à l'al. 1*b*) de la *Déclaration des droits*. Il ne peut exister au Canada deux façons tellement différentes de juger des infractions à la loi ordinaire, selon que l'accusé fait ou non partie des forces armées. Dans l'affaire *Drybones*, c'était des Indiens, en l'espèce, ce sont des membres des forces armées, qui sont désavantagés, en bref, traités différemment des autres quant à l'application de la même loi. L'article 120 sur la *Loi sur la Défense nationale* doit être déclaré inopérant dans la mesure où il impose aux membres des forces armées une responsabilité différente et, d'ailleurs, plus lourde pour une violation de la loi ordinaire que celle qui incombe aux autres personnes au Canada à qui cette loi-là s'applique aussi.

[Jurisprudence: *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Bliss c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. v. Court of Sessions, Ex p. Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt du Tribunal d'appel des cours martiales, qui a modifié un jugement de la cour martiale permanente. Pourvoi rejeté, le Juge en chef et le juge Estey étant dissidents.

B. A. Crane, c.r., et *D. R. Wilson* pour l'appelant.

T. B. Smith, c.r., et *S. H. Forster*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Estey rendu par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—L'appelant fait partie des Forces armées canadiennes en poste à Victoria (Colombie-Britannique). Il a été jugé par une Cour martiale permanente sur sept accusations portées conformément à l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, modifiée; six des accusations ont trait au trafic d'un stupéfiant contrairement au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, modifiée, et la dernière à la possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a été acquitté sur l'une des accusa-

other six charges. His sentence was sixty days' detention. On appeal to the Court Martial Appeal Court, his conviction on one of the trafficking charges was set aside and his conviction on the remaining five charges was affirmed. The trafficking offences of which he remained convicted involved other members of the armed forces and three of these offences took place on army barracks. The possession offence was also committed there.

The single issue in the appeal to this Court, which is here by its leave, is whether the manner of prosecution and trial and the exposure of the accused to conviction under the *Narcotic Control Act* through s. 120 of the *National Defence Act* offended s. 2(*f*) and s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, 1960 (Can.), c. 44 (R.S.C. 1970, Appendix III), in that (1) being charged with a criminal offence (as contrasted with a disciplinary offence under military law) he was not tried by an independent and impartial tribunal, and (2) he was denied equality before the law.

The *National Defence Act* does not contain any express declaration ousting the application of the *Canadian Bill of Rights* in conformity with s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*. The operation of the *National Defence Act* is, hence, subject to the *Canadian Bill of Rights*, which is stated in s. 5(2) to be applicable in respect of federal legislation and regulations thereunder, whether enacted or passed before or after its in-force date.

Reference to the scheme of the *National Defence Act*, and to some of its provisions is necessary for a determination of the issues in this appeal. I should say at once that the establishment of a special code of law governing the armed forces in their military character and in relation to military activities and discipline is not challenged in this case. Reference in this respect may be made to ss. 62 to 119 of the *National Defence Act*. Special treatment and special provision for the regulation of the armed forces in their character as such represents a reasonable classification which, so

tions de trafic et déclaré coupable sur les six autres chefs. Il a été condamné à soixante jours d'emprisonnement. En appel, le Tribunal d'appel des cours martiales a infirmé sa déclaration de culpabilité sur une des accusations de trafic et l'a confirmée sur les cinq accusations restantes. Les infractions de trafic dont il a été déclaré coupable impliquent d'autres membres des forces armées et trois d'entre elles avaient été commises dans des casernes militaires. L'infraction de possession y avait également été commise.

La seule question en litige dans le pourvoi à cette Cour, interjeté avec son autorisation, est celle de savoir si le mode de poursuite et de procès et la possibilité que l'accusé soit déclaré coupable en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* par le biais de l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale*, contreviennent aux al. 2*f*), et 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, 1960 (Can.), chap. 44 (S.R.C. 1970, Appendice III), parce que, (1) accusé d'une infraction criminelle (par opposition à une infraction disciplinaire relevant du droit militaire), il n'a pas été jugé par un tribunal impartial et non préjugé et (2) il a été privé du droit à l'égalité devant la loi.

La *Loi sur la défense nationale* ne contient aucune déclaration expresse excluant l'application de la *Déclaration canadienne des droits* conformément à l'art. 2 de cette dernière. L'application de la *Loi sur la défense nationale* est, en conséquence, soumise à la *Déclaration canadienne des droits* qui, aux termes de son par. 5(2), s'applique à toute loi fédérale et aux règlements établis sous son régime, édictés ou adoptés avant ou après la mise en vigueur de celle-ci.

Il est nécessaire de se reporter à l'économie de la *Loi sur la défense nationale* et à certaines de ses dispositions pour trancher les questions en litige dans le présent pourvoi. Il me faut dire dès maintenant que l'adoption d'un code particulier régissant les forces armées sous leur aspect militaire et concernant les activités et la discipline militaires n'est pas contestée en l'espèce. A cet égard, on peut se reporter aux art. 62 à 119 de la *Loi sur la défense nationale*. Un traitement spécial et une réglementation spéciale des forces armées à ce titre constituent une classification raisonnable qui,

long as there is no irrelevant discrimination in the regulation, may well be compatible with the *Canadian Bill of Rights*. The contention, here, however, is that in respect of s. 120 of the *National Defence Act* and of its supporting provisions, there has been a clear departure from an internal military code by the provision for prosecution, through military tribunals, of offences under the ordinary criminal law but without putting the accused members of the armed forces in the same position under that law as are other members of the public when similarly charged.

The *National Defence Act* deals in a very wide way with what are called "service offences". The term is defined in s. 2 to mean "an offence under this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline". The Code of Service Discipline covers, of course, members of the regular forces and also, in prescribed circumstances, members of the reserve force. It deals, in the main, with disciplinary offences and misconduct connected with military activities but, as the definition above indicates, it also deals with offences punishable by ordinary law and subjects an accused member of the armed forces to trial before a service tribunal for all classes of "service offences". There is only the exception stated in s. 60 of the Act that "a service tribunal shall not try any person charged with an offence of murder, rape or manslaughter, committed in Canada".

Although a scale of punishments is fixed for service offences in s. 126 of the Act, nonetheless where the offence is a contravention of the ordinary law, it is the punishment that is fixed by that law that applies. The governing provision is s. 120, headed *Offences Punishable by Ordinary law*, and so far as material here, it reads as follows:

120. (1) An act or omission

(*a*) that takes place in Canada and is punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada; or

(*b*) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part

tant que la réglementation ne comporte aucune discrimination non pertinente, est sans doute compatible avec la *Déclaration canadienne des droits*. On prétend toutefois en l'espèce que l'on a nettement débordé du cadre d'un code militaire interne par l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* et les dispositions connexes, puisqu'on y prévoit la poursuite d'infractions aux lois pénales ordinaires devant des tribunaux militaires, sans que les membres des forces armées accusés soient placés, face à ces lois, dans la même situation que les autres membres du public accusés des mêmes infractions.

La *Loi sur la défense nationale* traite en termes très généraux de ce qu'elle appelle des «infractions militaires». L'expression est définie à l'art. 2: «une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire». Le Code de discipline militaire s'applique évidemment aux membres des forces régulières et, dans les circonstances prescrites, aux membres des forces de réserve. Il vise essentiellement les infractions à la discipline et l'inconduite dans le cadre d'activités militaires mais, comme l'indique la définition précitée, il vise également des infractions sanctionnées par la loi ordinaire et prescrit qu'un membre des forces armées accusé sera jugé par un tribunal militaire pour toutes les sortes d'«infractions militaires». L'article 60 de la Loi énonce la seule exception, soit qu'«un tribunal militaire ne doit juger aucune personne accusée d'un crime de meurtre, de viol ou d'homicide involontaire coupable, commis au Canada».

L'article 125 de la Loi fixe une échelle des peines pour les infractions militaires; néanmoins, lorsqu'il s'agit d'infractions à la loi ordinaire, c'est la peine prévue par cette loi qui s'applique. C'est ce que prévoit l'art. 120 que l'on trouve sous le titre *Infractions punissables par la loi ordinaire*; en voici les dispositions pertinentes en l'espèce:

120. (1) Une action ou omission

a) qui se produit au Canada et est punissable selon la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada; ou

b) qui se produit en dehors du Canada et qui, si elle était faite au Canada, serait punissable suivant la

XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada;

is an offence under this Part and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

(2) Subject to subsection (3), where a service tribunal convicts a person under subsection (1), the service tribunal shall,

(*a*) if the conviction was in respect of an offence

(i) committed in Canada, under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada and for which a minimum punishment is prescribed, or

(ii) committed outside Canada under section 218 of the *Criminal Code*,

impose a punishment in accordance with the enactment prescribing the minimum punishment for the offence; or

(*b*) in any other case,

(i) impose the penalty prescribed for the offence by Part XII of this Act, the *Criminal Code* or that other Act, or

(ii) impose dismissal with disgrace from Her Majesty's service or less punishment.

There are some offences included in the category of service offences which are similar to *Criminal Code* offences but are separately dealt with as, for example, stealing in s. 104 and receiving under s. 105. These do not detract from the embracive character of s. 120 and it may be, although it is unnecessary to decide this here, that there is a choice in charging an accused in such cases either under the *Criminal Code* or under the particular sections just mentioned.

It is also relevant to the issues herein to note that s. 61 of the *National Defence Act* states that "nothing in the Code of Service Discipline affects the jurisdiction of any civil court to try a person for an offence triable by that court". A serviceman who is first tried by a service tribunal (as here, by a Standing Court Martial) is thus exposed to a further trial (whether convicted or acquitted by the service tribunal) subject only to the following punishment qualification set out in s. 61(2) which is in these terms:

61. (1) . . .

Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada;

est une infraction tombant sous le coup de la présente Partie, et toute personne qui en est déclarée coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), un tribunal militaire déclarant une personne coupable aux termes du paragraphe (1) doit,

a) si la déclaration de culpabilité est relative à une infraction

(i) commise au Canada, sous le régime de la Partie XII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi du Parlement du Canada, et pour laquelle une peine minimum est prescrite, ou

(ii) commise hors du Canada sous le régime de l'article 218 du *Code criminel*,

infliger une peine en conformité de la disposition législative qui prescrit la peine minimum pour l'infraction; ou,

b) dans tout autre cas,

(i) infliger la peine prévue pour l'infraction par la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou l'autre loi pertinente, ou

(ii) infliger la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté ou une moindre peine.

Certaines infractions semblables à des infractions au *Code criminel* sont incluses dans la catégorie d'infractions militaires, mais font l'objet de dispositions distinctes comme, par exemple, le vol à l'art. 104 et le recel à l'art. 105. Ces exceptions n'influent pas sur le caractère général de l'art. 120 et, bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce, il se peut que l'on ait le choix de poursuivre un accusé en pareil cas soit en vertu du *Code criminel* soit en vertu des dispositions spéciales que je viens de mentionner.

Il est également pertinent en l'espèce de noter que l'art. 61 de la *Loi sur la défense nationale* établit que «rien dans le Code de discipline militaire n'atteint la compétence d'un tribunal civil pour juger une personne sur une infraction jugeable par ce tribunal». Un militaire qui est d'abord jugé par un tribunal militaire (comme en l'espèce, par une cour martiale permanente), est donc exposé à être jugé de nouveau (que le tribunal militaire l'ait déclaré coupable ou l'ait acquitté), sous réserve seulement de la restriction concernant la peine qu'énonce le par. 61(2) en ces termes:

61. (1) . . .

(2) Where a person, sentenced by a service tribunal in respect of a conviction on a charge of having committed a service offence, is afterwards tried by a civil court for the same offence or for any other offence of which he might have been found guilty on that charge, the civil court shall in awarding punishment take into account any punishment imposed by the service tribunal for the service offence.

However, the converse is not true. If a civil court has acted first against a serviceman then, under s. 56(1) of the *National Defence Act*, he cannot be tried again by a service tribunal either for the particular offence tried by the civil court or for any included offence.

This brings me to consider the composition of a service tribunal, defined in s. 2 to mean "a court martial or a person presiding at a summary trial". I leave aside, for the purposes of the present case, any concern with persons presiding at a summary trial. Sections 141 and 142 of the *National Defence Act* provide for summary trial, in prescribed circumstances, by a commanding officer and by superior commanders, being in the latter case of or above the rank of brigadier general or any officer appointed for that purpose by the Minister of National Defence. Courts martial are of various kinds, *e.g.*, general courts martial, disciplinary courts martial, standing courts martial and special general courts martial. There appears to be concurrent jurisdiction in the various courts martial in respect of "service offences", but their composition and numbers differ. Only in the case of a trial before a Standing Court Martial or a Special General Court Martial is there a requirement of a legal qualification in the presiding officer, being the sole member in each of these two types of courts martial.

Section 154, dealing with *Standing Courts Martial* reads as follows:

154. (1) The Governor in Council may establish Standing Courts Martial and each such court martial shall consist of one officer, to be called the president, who is or has been a barrister or advocate of more than three years standing and who shall be appointed by or under the authority of the Minister.

(2) Lorsqu'une personne, condamnée par un tribunal militaire à l'égard d'une déclaration de culpabilité sur une accusation d'avoir commis une infraction militaire, est dans la suite jugée par un tribunal civil pour la même infraction ou pour toute autre infraction dont elle aurait pu être déclarée coupable sur cette accusation, le tribunal civil doit, en prononçant la peine, tenir compte de toute punition infligée par le tribunal militaire pour l'infraction militaire.

Cependant, l'inverse n'est pas vrai. Si un tribunal civil a d'abord jugé un militaire, celui-ci ne peut, selon le par. 56(1) de la *Loi sur la défense nationale*, être jugé de nouveau par un tribunal militaire ni pour l'infraction qui a spécifiquement fait l'objet du procès devant le tribunal civil ni pour aucune infraction incluse.

Ceci m'amène à examiner la composition d'un tribunal militaire, défini à l'art. 2 comme «une cour martiale ou une personne qui préside un procès sommaire». Aux fins du présent pourvoi, je ne m'arrête pas au cas des personnes qui président un procès sommaire. Les articles 141 et 142 de la *Loi sur la défense nationale* prévoient qu'un procès sommaire, dans les circonstances prescrites, est présidé par un officier commandant ou par des commandants supérieurs, détenant, dans ce dernier cas, au moins le grade de brigadier-général, ou par tout autre officier désigné à cette fin par le ministre de la Défense nationale. Il y a différentes sortes de cours martiales, savoir des cours martiales générales, des cours martiales disciplinaires, des cours martiales permanentes et des cours martiales générales spéciales. Ces différentes cours martiales ont apparemment compétence conjointe sur les «infractions militaires», mais leur composition et leur nombre diffèrent. Ce n'est que dans le cas d'une cour martiale permanente ou d'une cour martiale générale spéciale, que l'officier président, en qualité de membre unique de ce type de cours, doit avoir une formation juridique.

L'article 154, intitulé *Cours martiales permanentes*, se lit comme suit:

154.(1) Le gouverneur en conseil peut créer des cours martiales permanentes, et chacune de ces cours martiales se compose d'un officier, appelé le président, qui est ou a été un avocat inscrit pendant plus de trois ans et qui doit être nommé par ou sur l'autorité du Ministre.

(2) Subject to any limitations prescribed in regulations, a Standing Court Martial may try any person who under Part IV is liable to be charged, dealt with and tried upon a charge of having committed a service offence, but a Standing Court Martial shall not pass a sentence including any punishment higher in the scale of punishments than imprisonment for less than two years.

In the present case, the charges against the accused were laid by the accused's commanding officer. The Standing Court Martial was ordered by a senior commander and a member of the armed forces, a Lieutenant-Colonel, was appointed from an approved list as the Standing Court Martial pursuant to s. 154. Both the officer constituting the Standing Court Martial and the prosecutor were part of the office of the Judge Advocate General. In short, the accused, who was tried on charges under a general federal statute, the *Narcotic Control Act*, was in the hands of his military superiors in respect of the charges, the prosecution and the tribunal by which he was tried. It is true that the Court Martial Appeal Court, consisting under s. 201 of the *National Defence Act*, of judges of the Federal Court of Canada and additional superior court judges appointed by the Governor in Council, exhibits independence and the appearance of independence in its composition but the same cannot be said of the constitution of a Standing Court Martial when trying an accused for breach of the ordinary criminal law. Needless to say, there is no impugning of the integrity of the presiding officer; it is just that he is not suited, by virtue of his close involvement with the prosecution and with the entire military establishment, to conduct a trial on charges of a breach of the ordinary criminal law. It would be different if he were concerned with a charge of breach of military discipline, something that was particularly associated with an accused's membership in the armed forces. The fact that "service offences" are so broadly defined as to include breaches of the ordinary law does not, in my opinion, make a Standing Court Marital the equivalent of an independently appointed judicial officer or other than an *ad hoc* appointee, having no tenure and coming from the very special society of which both the accused, his prosecutor and his "judge" are

(2) Sous réserve de toute restriction prescrite dans les règlements, une cour martiale permanente peut juger toute personne qui, sous le régime de la Partie IV, est susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée sur l'inculpation d'avoir commis une infraction militaire, mais une cour martiale permanente ne doit pas prononcer de sentence renfermant une peine supérieure, dans l'échelle des punitions, à l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans.

En l'espèce, c'est l'officier commandant de l'accusé qui a porté les accusations contre lui. Un commandant supérieur a ordonné la constitution d'une cour martiale permanente et un membre des forces armées, un lieutenant-colonel, a été nommé en qualité de cour martiale permanente à partir d'une liste approuvée conformément à l'art. 154. Tant l'officier constituant la cour martiale permanente que le procureur à charge faisaient partie du bureau du juge-avocat général. En bref, l'accusé, qui a été jugé sur des accusations portées en vertu d'une loi fédérale générale, la *Loi sur les stupéfiants*, était entre les mains de ses supérieurs militaires à l'égard des accusations, de la poursuite et du tribunal qui l'a jugé. Certes le Tribunal d'appel des cours martiales, formé de juges de la Cour fédérale du Canada et d'autres juges de cours supérieurs nommés par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 201 de la *Loi sur la défense nationale*, jouit à la fois de l'indépendance et de l'apparence d'indépendance de par sa composition; on ne peut en dire autant de la constitution d'une cour martiale permanente lorsqu'elle juge un accusé pour la violation d'une loi pénale ordinaire. Inutile de dire que l'intégrité de l'officier président n'est pas mise en cause; c'est tout simplement qu'il est inapte, compte tenu de ses rapports étroits avec la poursuite et le système militaire tout entier, à présider un procès sur des infractions à la loi pénale ordinaire. Ce serait différent s'il s'agissait d'une infraction à la discipline militaire, quelque chose spécialement lié à l'appartenance de l'accusé aux forces armées. A mon avis, la définition large des «infractions militaires», qui inclut les infractions à la loi ordinaire, ne fait pas d'une cour martiale permanente l'équivalent d'un officier judiciaire nommé de manière indépendante; il s'agit simplement d'une personne nommée de façon *ad hoc*, sans statut permanent, et issue du milieu très particulier auquel appartiennent à la

members: *cf. Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*[1]

In my opinion, it is fundamental that when a person, any person, whatever his or her status or occupation, is charged with an offence under the ordinary criminal law and is to be tried under that law and in accordance with its prescriptions, he or she is entitled to be tried before a court of justice, separate from the prosecution and free from any suspicion of influence of or dependency on others. There is nothing in such a case, where the person charged is in the armed forces, that calls for any special knowledge or special skill of a superior officer, as would be the case if a strictly service or discipline offence, relating to military activity, was involved. It follows that there has been a breach of s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* in that the accused, charged with a criminal offence, was entitled to be tried by an independent and impartial tribunal. Section 2(*f*) provides that no law of Canada shall be construed or applied so as to

> deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause.

In short, I regard the provisions of the *National Defence Act* as inoperative in so far as they provide for the trial of offences against the ordinary law by service tribunals.

I am of the opinion that the appellant is also entitled to succeed in this appeal on the second ground taken by him, namely, that he was denied equality before the law, contrary to s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. I cannot conceive that there can be in this country two such disparate ways of trying offences against the ordinary law, depending on whether the accused is a member of the armed forces or is not. Nor does it appear to me to be sustainable, in the face of the *Canadian Bill of Rights*, that an accused is exposed to trial before the civil courts for an offence of which he

[1] [1978] 1 S.C.R. 369.

fois l'accusé, son poursuivant et son «juge»: Voir *Committee for Justice and Liberty et autres c. L'Office national de l'énergie et autres*[1].

A mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Il n'y a rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées, qui exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Il en découle que l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé. L'alinéa 2*f*) établit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

> privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable.

En bref, je considère que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* sont inopérantes dans la mesure où elles prévoient que les infractions à la loi ordinaire sont jugées par des tribunaux militaires.

Je suis d'avis que l'appelant doit également avoir gain de cause en l'espèce sur le second moyen qu'il a invoqué, savoir, qu'il a été privé du droit à l'égalité devant la loi, contrairement à l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Je ne peux concevoir qu'il puisse exister au Canada deux façons tellement différentes de juger des infractions à la loi ordinaire, selon que l'accusé fait partie ou non des forces armées. Je ne crois pas que l'on puisse admettre non plus, compte tenu de la *Déclaration canadienne des droits*, la possibilité d'exposer un accusé à être jugé par les tribunaux

[1] [1978] 1 R.C.S. 369.

was first tried by a service tribunal. A person charged with a criminal offence under the ordinary law, be it the *Criminal Code* or some other federal penal statute such as the *Narcotic Control Act*, has the protection of the procedures for trial prescribed by the *Criminal Code*, subject to such special provisions as may be part of the federal penal statute under which he or she is charged and tried. Such an accused comes before an independent and impartial judge; he may be able to elect trial by jury and rely on other prescriptions, such as having a preliminary enquiry, the right to appeal sentence (not open before the Martial Appeal Court: see ss. 183, 200(1), 202(3)), or being able to seek an absolute discharge or a suspended sentence.

The present case is, in my opinion, on all fours in principle with the judgment of this Court in *The Queen v. Drybones*[2], and is also nourished by what this Court said in *Curr v. The Queen*[3], and in the majority judgment in *Attorney-General of Canada v. Lavell*[4].

Drybones was a case where under s. 94(*b*) of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, an Indian was liable to prosecution and conviction for being intoxicated off a reserve, even in his own home, whereas other persons were not so liable unless the intoxication occurred in a public place. The position, as it was put by Ritchie J., who delivered the majority judgment of this Court, was as follows (at p. 290):

> The result is that an Indian who is intoxicated in his own home "off a reserve" is guilty of an offence and subject to a minimum fine of not less than $10 or a term of imprisonment not exceeding 3 months or both, whereas all other citizens in the Territories may, if they see fit, become intoxicated otherwise than in a public place without committing any offence at all. And even if any such other citizen is convicted of being intoxicated in a public place, the only penalty provided by the Ordinance is "a fine not exceeding $50 or ... imprisonment for a

[2] [1970] S.C.R. 282.
[3] [1972] S.C.R. 889.
[4] [1974] S.C.R. 1349.

civils pour une infraction dont il a d'abord été jugé par un tribunal militaire. Une personne accusée d'une infraction criminelle en vertu de la loi ordinaire, qu'il s'agisse du *Code criminel* ou d'une autre loi pénale fédérale comme la *Loi sur les stupéfiants*, jouit de la protection procédurale établie par le *Code criminel*, sous réserve des dispositions particulières de la loi pénale fédérale en vertu de laquelle elle est accusée et jugée. Cet accusé comparaît devant un juge indépendant et non préjugé; il peut avoir le droit de demander un procès devant jury et de s'appuyer sur d'autres dispositions pour obtenir, par exemple une enquête préliminaire, interjeter appel de la sentence (ce qui ne lui est pas permis devant le Tribunal d'appel des cours martiales: voir l'art. 183 et les par. 200(1), 202(3)), ou demander une libération sans condition ou une sentence suspendue.

La présente affaire, à mon avis, correspond exactement en principe à l'arrêt de cette Cour *La Reine c. Drybones*[2], et se nourrit également de ce qu'elle a dit dans l'arrêt *Curr c. La Reine*[3], et de l'opinion de la majorité dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*[4].

Dans l'affaire *Drybones*, il s'agissait du cas d'un Indien qui, en vertu de l'al. 94*b*) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, chap. 149, pouvait être accusé et déclaré coupable d'avoir été ivre hors d'une réserve, même dans sa propre maison, alors qu'aucune autre personne ne pouvait l'être à moins d'être ivre dans un lieu public. La situation, exposée par le juge Ritchie, qui a exprimé l'opinion de la majorité de cette Cour, était la suivante à la p. 290:

> Il s'ensuit donc qu'un Indien qui est ivre chez lui, mais hors d'une réserve, est coupable d'une infraction et passible d'une amende d'au moins $10 ou d'un emprisonnement n'excédant pas 3 mois ou des deux peines à la fois, alors que n'importe quel autre citoyen des Territoires peut, à sa guise, s'enivrer ailleurs que dans un lieu public, sans commettre une infraction. Et même si cet autre citoyen est déclaré coupable de se trouver en état d'ivresse dans un lieu public, la seule peine que prévoit l'ordonnance est: [TRADUCTION] «une amende d'au plus

[2] [1970] R.C.S. 282.
[3] [1972] R.C.S. 889.
[4] [1974] R.C.S. 1349.

term not exceeding 30 days or ... both fine and imprisonment."

In *Drybones* it was Indians and here it is members of the armed forces who were under disabilities; treated differently, in short, from other persons in respect of the application to them of the same law. Ritchie J., in his reasons said plainly enough that the *Canadian Bill of Rights* was more than an interpretation statute (whose force would be spent once it was evident that federal legislation could not be construed compatibly with the *Canadian Bill of Rights*); rather, it required not only construction but application to ensure conformity with its prescriptions and it rendered the federal legislation inoperative if and to the extent to which there was no conformity. He rejected the "construction" approach which had been adopted by the British Columbia Court of Appeal in *Regina v. Gonzales*[5], saying this (at pp. 294-5):

It seems to me that a more realistic meaning must be given to the words in question and they afford, in my view, the clearest indication that s. 2 is intended to mean and does mean that if a law of Canada cannot be "sensibly construed and applied" so that it does not abrogate, abridge or infringe one of the rights and freedoms recognized and declared by the Bill, then such law is inoperative "unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*".

I think a declaration by the courts that a section or portion of a section of a statute is inoperative is to be distinguished from the repeal of such a section and is to be confined to the particular circumstances of the case in which the declaration is made. The situation appears to me to be somewhat analogous to a case where valid provincial legislation in an otherwise unoccupied field ceases to be operative by reason of conflicting federal legislation.

Then, addressing himself to the question whether there was, in the case before him, an abrogation or abridgement of "the right of the individual to equality before the law and the protection of the law", he expressed his position and that of this Court as follows: (at p. 297)

I think that the word "law" as used in s. 1(*b*) of the *Bill of Rights* is to be construed as meaning "the law of

[5] (1962), 37 W.W.R. 257.

$50. ou ... un emprisonnement n'excédant pas 30 jours ou ... les deux peines à la fois.»

Dans l'affaire *Drybones*, c'était des Indiens, en l'espèce, ce sont des membres des forces armées, qui sont désavantagés, en bref traités différemment des autres quant à l'applications de la même loi. Dans ses motifs, le juge Ritchie dit de façon suffisamment claire que la *Déclaration canadienne des droits* est plus qu'une loi d'interprétation (qui serait inefficace dès qu'il deviendrait évident que la loi fédérale ne peut être interprétée d'une façon qui soit compatible avec elle); plus exactement, elle requiert non seulement une interprétation mais aussi une application de la loi fédérale compatibles avec ses exigences et elle rend cette loi inopérante s'il y a incompatibilité et dans la mesure de celle-ci. Il a rejeté en ces termes la méthode d'«interprétation» adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Regina v. Gonzales*[5] (aux pp. 294 et 295):

Il me semble qu'il faut donner à ces mots un sens plus réaliste; à mon avis, ils indiquent très clairement que l'art. 2 veut dire, et signifie effectivement que, si une loi du Canada ne peut être «raisonnablement interprétée et appliquée» sans supprimer, restreindre ou enfreindre un des droits ou libertés reconnus et proclamés dans la *Déclaration*, une telle loi est inopérante «à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*».

Je crois qu'il y a une distinction à faire entre une déclaration des tribunaux à l'effet qu'un article ou une partie d'un article d'une loi est inopérant et l'abrogation d'un tel article et qu'il faut restreindre la déclaration aux circonstances de l'affaire où elle est faite. La situation me paraît analogue à celle d'une loi provinciale valide dans un champ autrement inoccupé qui devient inopérante par suite d'une loi fédérale en conflit.

Puis, il a examiné la question de savoir si, dans l'affaire qui lui était soumise, il y avait eu suppression ou restriction du «droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi», il a énoncé sa position et celle de cette Cour en ces termes: (p. 297)

Je pense que le mot «loi» dans l'art. 1*b*) de la *Déclaration des droits* doit s'interpréter comme signifiant une

[5] (1962), 37 W.W.R. 257.

Canada" as defined in s. 5(2) (i.e. Acts of the Parliament of Canada and any orders, rules or regulations thereunder) and without attempting any exhaustive definition of "equality before the law" I think that s. 1(*b*) means at least that no individual or group of individuals is to be treated more harshly than another under that law, and I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offence or having been made subject to any penalty.

It is only necessary for the purpose of deciding this case for me to say that in my opinion s. 94(*b*) of the *Indian Act* is a law of Canada which creates such an offence and that it can only be construed in such manner that its application would operate so as to abrogate, abridge or infringe one of the rights declared and recognized by the *Bill of Rights*. For the reasons which I have indicated, I am therefore of opinion that s. 94(*b*) is inoperative.

And he added, by the way of postscript after referring to the dissenting reasons of Chief Justice Cartwright and Justice Pigeon, the following (at p. 298):

It may well be that the implementation of the *Canadian Bill of Rights* by the courts can give rise to great difficulties, but in my view full effect must be given to the terms of s. 2 thereof.

The present case discloses laws of Canada which abrogate, abridge and infringe the right of an individual Indian to equality before the law and in my opinion if those laws are to be applied in accordance with the express language used by Parliament in s. 2 of the *Bill of Rights*, then s. 94(*b*) of the *Indian Act* must be declared to be inoperative.

In *Curr v. The Queen, supra*, this Court was concerned, *inter alia*, with the relationship between ss. 1 and 2 of the *Canadian Bill of Rights*, a matter that had also engaged Ritchie J. in the *Drybones* case. In *Curr*, as in *Drybones*, the Court determined that s. 2 gave operative effect to the human rights and fundamental freedoms specified in s. 1 as well as to the additional protections listed in s. 2. The two sections read:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national

«loi du Canada» au sens de la définition à l'art. 5(2) (c'est-à-dire, une loi du Parlement du Canada, ou une ordonnance, une règle ou un règlement établis sous son régime). Sans rechercher une définition complète de l'expression «égalité devant la loi», je pense que l'art. 1*b*) signifie au moins qu'un individu ou un groupe d'individus ne doit pas être traité plus durement qu'un autre en vertu de la loi. J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

Pour décider la présente affaire, il me suffit de dire qu'à mon avis l'art. 94*b*) de la *Loi sur les Indiens*, qui est une loi du Canada, crée une telle infraction et qu'en l'interprétant on ne peut que conclure que son application supprime, restreint ou enfreint l'un des droits déclarés et reconnus dans la *Déclaration des droits*. Pour les motifs que je viens d'indiquer, je suis donc d'avis que l'art. 94*b*) est inopérant.

Et il a ajouté ce qui suit, à titre complémentaire après s'être reporté aux motifs de dissidence du juge en chef Cartwright et du juge Pigeon à la p. 298:

Il est bien possible que l'application judiciaire de la *Déclaration canadienne des droits* donne lieu à de grandes difficultés mais, à mon avis, il faut donner leur plein effet aux dispositions de l'art. 2.

L'affaire présentement devant nous démontre qu'il existe des lois du Canada qui suppriment, restreignent et enfreignent le droit d'un Indien à l'égalité devant la loi et, à mon avis, afin d'appliquer ces lois en se conformant aux termes explicites employés par le Parlement à l'art. 2 de la *Déclaration des droits* il faut déclarer que l'art. 94*b*) de la *Loi sur les Indiens* est inopérant.

Dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, précité, cette Cour a notamment examiné le lien qui existe entre les art. 1 et 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, une question dont le juge Ritchie a aussi traité dans l'arrêt *Drybones*. Dans l'arrêt *Curr*, comme dans l'arrêt *Drybones*, la Cour a décidé que l'art. 2 donne effet aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales énoncés à l'art. 1 de même qu'aux protections additionnelles énumérées à l'art 2. Ces deux articles se lisent comme suit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout

origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(*a*) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law;

(*b*) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

(*c*) freedom of religion;

(*d*) freedom of speech;

(*e*) freedom of assembly and association; and

(*f*) freedom of the press.

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to [then follow paras. (*a*) to (*g*). I have already quoted para. (*f*) which is relevant to the first point taken in this appeal.]

The majority judgment in *Curr* contains the following passage at pp. 896-897 which I reproduce here:

In considering the reach of s. 1(*a*) and s. 1(*b*), and, indeed, of s. 1 as a whole, I would observe, first, that the section is given its controlling force over federal law by its referential incorporation into s. 2; and, second, that I do not read it as making the existence of any of the forms of prohibited discrimination a *sine qua non* of its operation. Rather, the prohibited discrimination is an additional lever to which federal legislation must respond. Putting the matter another way, federal legislation which does not offend s. 1 in respect of any of the prohibited kinds of discrimination may nonetheless be offensive to s. 1 if it is violative of what is specified in any of the clauses (*a*) to (*f*) of s. 1. It is, *a fortiori*, offensive if there is discrimination by reason of race so as to deny equality before the law. That is what this Court decided in *Regina v. Drybones* and I need not say no more on this point.

It is, therefore, not an answer to reliance by the appellant on s. 1(*a*) and s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* that s. 223 does not discriminate against any person by reason of race, national origin, colour, religion or sex. The absence of such discrimination still leaves open the question whether s. 223 can be construed and applied without abrogating, abridging or infringing the

individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe;

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

c) la liberté de religion;

d) la liberté de parole;

e) la liberté de réunion et d'association, et

f) la liberté de la presse.

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [Suivent les al. *a*) à *g*). J'ai déjà cité l'al. *f*) qui est pertinent au premier moyen invoqué dans ce pourvoi.]

Le jugement majoritaire dans l'arrêt *Curr* contient le passage suivant (aux pp. 896 et 897):

En ce qui concerne la portée des alinéas *a*) et *b*) de l'art. 1 et, en fait, celle de l'art. 1 au complet, je signale, d'abord, que cet article exerce une influence sur la législation fédérale du fait qu'il est mentionné indirectement à l'art. 2; deuxièmement, je n'interprète pas cet article comme s'appliquant uniquement lorsque existe l'une ou l'autre forme de discrimination interdite. La discrimination interdite est plutôt une norme supplémentaire que la législation fédérale doit respecter. En d'autres termes, une loi fédérale qui ne viole pas l'article 1 en ce qui concerne l'un ou l'autre des genres interdits de discrimination, peut néanmoins le violer si elle porte atteinte à l'un des droits garantis par les alinéas *a*) à *f*) de l'art. 1. Elle constitue *a fortiori* une violation s'il y a discrimination en raison de la race d'une personne, de façon à priver celle-ci du droit à l'égalité devant la loi. C'est ce qu'a décidé cette Cour dans l'arrêt *Regina c. Drybones*; je n'ai rien d'autre à ajouter sur ce point.

Par conséquent, on ne saurait répondre à l'argument de l'appelant, fondé sur les alinéas *a*) et *b*) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, en disant que l'article 223 ne fait aucune distinction entre les particuliers en raison de leur race, de leur origine nationale, de leur couleur, de leur religion ou de leur sexe. En l'absence de pareille discrimination, il reste encore à déter-

rights of the individual listed in s. 1(*a*) and s. 1(*b*). What the appellant pointed to in s. 1(*a*) was the guarantee of "due process of law", and his contention under s. 1(*b*) was that s. 223 denied him "the protection of the law". I shall deal with these submissions in turn.

In the *Lavell* case, Ritchie J. who delivered the majority judgment referred to the quoted passage from the *Curr* case in these words: (at pp. 1363-1364)

My understanding of this passage is that the effect of s. 1 of the *Bill of Rights* is to guarantee to all Canadians the rights specified in paragraphs (*a*) to (*f*) of that section, irrespective of race, national origin, colour or sex. This interpretation appears to me to be borne out by the French version which reads:

> 1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe: . . .

It was stressed on behalf of the respondents that the provisions of s. 12(1)(*b*) of the *Indian Act* constituted "discrimination by reason of sex" and that the section could be declared inoperative on this ground alone even if such discrimination did not result in the infringement of any of the rights and freedoms specifically guaranteed by s. 1 of the Bill.

I can find no support for such a contention in the *Curr* case in which, in any event, no question of any kind of discrimination was either directly or indirectly involved. My own understanding of the passage which I have quoted from that case was that it recognized the fact that the primary concern evidenced by the first two sections of the *Bill of Rights* is to ensure that the rights and freedoms thereby recognized and declared shall continue to exist for all Canadians, and it follows, in my view, that those sections cannot be invoked unless one of the enumerated rights and freedoms has been denied to an individual Canadian or group of Canadians. Section 2 of the *Bill of Rights* provides for the manner in which the rights and freedoms which are recognized and declared by s. 1 are to be enforced and the effect of this section is that every law of Canada shall "be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights and freedoms herein recognized and declared . . ." (*i.e.* by s. 1). There is no

miner si l'art. 223 peut s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre les droits mentionnés aux alinéas *a*) et *b*) de l'art. 1. L'appelant a signalé que l'alinéa *a*) de l'art. 1, garantit «l'application régulière de la loi» et qu'aux termes de l'alinéa *b*) de l'art. 1, l'art. 223 le privait de «la protection de la loi». Je vais examiner ces deux prétentions séparément.

Dans l'arrêt *Lavell*, le juge Ritchie, qui a exprimé l'opinion de la majorité, a fait références en ces termes au passage précité tiré de l'arrêt *Curr* (aux pp. 1363 et 1364):

Mon interprétation de ce passage est que l'art. 1 de la *Déclaration des droits* a pour effet de garantir à tous les Canadiens les droits spécifiés aux alinéas *a*) et *f*) de cet article, quels que soient leur race, leur origine nationale, leur couleur, leur religion ou leur sexe. Cette interprétation me paraît étayée par la version française.

> 1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe: . . .

On a souligné au nom des intimées que les dispositions de l'art. 12, par. (1), al. *b*) de la *Loi sur les Indiens* constituent une «discrimination en raison du sexe» et que l'article pourrait être déclaré inopérant pour ce seul motif, même si semblable discrimination n'avait pas pour effet d'enfreindre un des droits et libertés spécifiquement garantis par l'art. 1 de la Déclaration.

Je ne trouve aucun fondement à cette prétention dans l'arrêt *Curr* dans lequel, en tout état de cause, aucune question de discrimination de quelque nature que ce soit ne s'est posée directement ou indirectement. Ma propre interprétation du passage de cet arrêt-là que j'ai cité était qu'il reconnaissait que la préoccupation première qui ressort des deux premiers articles de la *Déclaration des droits* est de garantir que les droits et les libertés qui y sont reconnus et déclarés continueront à exister pour tous les Canadiens, et il s'ensuit, selon moi, que ces articles ne peuvent pas être invoqués sauf si l'un des droits et libertés énumérés a été refusé à un Canadien en particulier ou à un groupe de Canadiens. L'article 2 de la *Déclaration des droits* prévoit la manière dont les droits et libertés qui sont reconnus et déclarés par l'art. 1 doivent être appliqués, et l'effet de cet article est que toute loi du Canada «doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes . . .» (c.-à-d., par l'art. 1). Nulle

language anywhere in the *Bill of Rights* stipulating that the laws of Canada are to be construed without discrimination unless that discrimination involves the denial of one of the guaranteed rights and freedoms, but when, as in the case of *The Queen v. Drybones, supra*, denial of one of the enumerated rights is occasioned by reason of discrimination, then, as Mr. Justice Laskin has said, the discrimination affords an "additional lever to which federal legislation must respond."

In view of the foregoing observations by this Court in the *Curr* and *Lavell* cases in their bearing on the *Drybones* case, it is plain to me that unless the *Drybones* case is to be overruled, its principle must be given effect here. The result is that s. 120 of the *National Defence Act* must be held to be inoperative in so far as it subjects members of the armed forces to a different and, indeed, more onerous liability for a breach of the ordinary law as applicable to other persons in Canada who are also governed by that law.

I do not see anything in the judgment of the Federal Court of Appeal in *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*[6], or in the judgment of this Court in *The Queen v. Burnshine*[7], that affects my conclusion. *Prata* involved simply an application of provisions of the *Immigration Appeal Board Act*, R.S.C. 1970, c. I-3, limiting the discretion and power of the Board to stay an order of deportation where a certificate is filed by the Minister and the Solicitor General with the Board stating that by reason of security or intelligence reports it would be against the national interest for the Board to stay deportation. Jackett C.J. saw no abrogation or abridgment of "equality before the law" under s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* in the provision made for the certificate of the two Ministers. This was not a case of an irrelevant discrimination or of an unreasonable classification but rather a situation comporting with the proper administration of immigration policy. Although Thurlow J. (as he then was) dissented on the point, I find Jackett C.J.'s

[6] [1972] F.C. 1405.
[7] [1975] 1 S.C.R. 693.

part dans la *Déclaration des droits* trouvons-nous des termes prévoyant que les lois du Canada doivent s'interpréter sans discrimination à moins que cette discrimination ne comporte un déni de l'un des droits et libertés garantis, mais lorsque, comme dans l'affaire *La Reine c. Drybones*, le déni de l'un des droits énumérés se produit en raison d'une discrimination, alors, comme l'a dit M. le Juge Laskin, la discrimination fournit une «norme supplémentaire que la législation fédérale doit respecter».

Compte tenu des remarques précitées de cette Cour dans les arrêts *Curr* et *Lavell* quant à leur rapport avec l'arrêt *Drybones*, il me semble clair qu'à moins de juger le contraire de l'arrêt *Drybones*, il faut donner effet en l'espèce au principe qu'il énonce. En conséquence, l'art. 120 de la *Loi sur la Défense nationale* doit être déclaré inopérant dans la mesure où, pour une violation de la loi ordinaire, il impose aux membres des forces armées une responsabilité différente et, d'ailleurs, plus lourde que celle qui incombe aux autres personnes au Canada à qui cette loi-là s'applique aussi.

Rien dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*[6], ni dans l'arrêt de cette Cour, *La Reine c. Burnshine*[7], ne modifie ma conclusion. L'arrêt *Prata* porte simplement sur l'application de dispositions de la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.R.C. 1970, chap. I-3, qui limite la discrétion et le pouvoir de la Commission de surseoir à une ordonnance d'expulsion sur dépôt d'un certificat par le ministre et le solliciteur général déclarant qu'à cause de rapports de sécurité ou de police, il serait contraire à l'intérêt national de surseoir à l'expulsion. Le juge en chef Jackett n'a pas vu de suppression ou de restriction de «l'égalité devant la loi» au sens de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* dans la disposition relative au certificat des deux ministres. Il ne s'agissait pas d'une affaire de discrimination non pertinente ou de classification déraisonnable mais plutôt d'une situation concernant la bonne administration de la politique d'immigration. Le juge Thurlow (maintenant juge en chef) était dissident

[6] [1972] C.F. 1405.
[7] [1975] 1 R.C.S. 693.

approach to be more cogent.

Prata came to this Court after it had decided *The Queen v. Burnshine*: see [1976] 1 S.C.R. 376. This Court sustained *Prata* on the *Canadian Bill of Rights* point for the reasons given by Jackett C.J. It also adverted to what was said by the majority in the *Burnshine* case, namely, that "legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective" (at p. 382 of [1976] 1 S.C.R.). I take it that "valid" as first used in this quoted sentence refers to operative effect since there was no violation of the *Canadian Bill of Rights*, nor was constitutionality in issue, as might be suggested by the phrase "valid federal objective". The issue in the *Burnshine* case is far removed from that in the present case. There the question was whether a provision of the *Prisons and Reformatories Act*, R.S.C. 1970, c. P-21, denied "equality before the law" when it prescribed different punishments for young offenders in a specified age group and in a specified area (British Columbia) than for young offenders in another age group or in another area of Canada. The British Columbia Court of Appeal concluded that the *Drybones* case applied but this application was rejected by the majority in this Court. Although the operation of the provision was sustained on the ground that there was a valid federal objective involved, namely, reformation rather than harsher treatment (harsher treatment being involved in *Drybones* and, in my opinion, in the present case), I understand this to mean not that there was any doubt about the constitutional validity of the provision in question, but that it was a reasonable way of classifying young offenders. *Burnshine* related to legislation which was considered to have an internal integrity, not requiring the kind of segmentation that was reflected in the facts of the *Drybones* case and is found in s. 120 of the *National Defence Act* in the present case.

sur ce point, mais je trouve l'opinion du juge en chef Jackett plus convaincante.

L'arrêt *Prata* a été soumis à cette Cour après qu'elle eut rendu son arrêt dans *La Reine c. Burnshine*: voir [1976] 1 R.C.S. 376. Cette Cour a confirmé l'arrêt *Prata* sur le point relatif à la *Déclaration canadienne des droits* pour les motifs du juge en chef Jackett. Elle a aussi fait référence à ce qu'a dit la majorité dans l'arrêt *Burnshine*, soit qu'«une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier» (à la p. 382 de [1976] 1 R.C.S.). Je présume que le terme «valide» au début de cette phrase renvoie à l'effet de la loi puisqu'il n'y avait aucune violation de la *Déclaration canadienne des droits* et ni de problème constitutionnel en cause, comme pourrait le laisser entendre l'expression «objectif fédéral régulier». La question en litige dans l'affaire *Burnshine* est très différente de celle en litige dans le présent pourvoi. Il s'agissait alors de savoir si une disposition de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction*, S.R.C. 1970, chap. P-21, qui prescrivait des peines différentes pour les jeunes délinquants dans un groupe d'âge donné et dans une région donnée (Colombie-Britannique) de celles prescrites pour les jeunes délinquants dans un autre groupe d'âge ou dans une autre région du Canada, constituait un déni du droit à «l'égalité devant la Loi». La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'arrêt *Drybones* s'appliquait, mais la majorité de cette Cour a rejeté cette application. Quoique la validité de la disposition ait été confirmée au motif qu'un objectif fédéral régulier était en cause, soit la réhabilitation plutôt qu'un traitement plus dur (comme c'était le cas dans l'arrêt *Drybones* et, selon moi, comme c'est le cas en l'espèce), j'interprète cela non pas comme voulant dire que la constitutionnalité de la disposition en question était en litige, mais bien qu'il s'agissait d'une façon raisonnable de classifier les jeunes délinquants. L'arrêt *Burnshine* porte sur une loi que l'on a considérée avoir une intégrité interne, n'exigeant pas le genre de segmentation qui se manifestait dans les faits de l'affaire *Drybones* et que l'on trouve à l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* en l'espèce.

The appellant is thus entitled to succeed in this appeal on both of the two grounds that I have canvassed, although success on either ground would be enough to maintain the appeal. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decisions of the Court Martial Appeal Court and of the Standing Court Martial and quash the convictions.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought with leave of this Court from a judgment delivered by Mr. Justice Pennell on behalf of the Court Martial Appeal Court of Canada, dismissing an appeal from the appellant's conviction of five of the six offences of which he had been convicted at a Standing Court Martial held at Esquimalt, B.C.

Four of the offences in question are for trafficking in narcotics contrary to s. 4(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, whereas the fifth is for possession of a narcotic contrary to s. 3 of that Act. The appellant is a member of the Canadian Forces, Regular Force, and all of the offences except one are alleged to have been committed at a Canadian Forces base. The charges are laid under s. 120 of the *National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, which reads in part as follows:

> 120. (1) An act or omission
>
> (*a*) that takes place in Canada and is punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada; or
>
> (*b*) that takes place outside Canada and would, if it had taken place in Canada, be punishable under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada;
>
> is an offence under this Part and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).
>
> (2) Subject to subsection (3), where a service tribunal convicts a person under subsection (1), the service tribunal shall,
>
> (*a*) if the conviction was in respect of an offence

L'appelant doit donc réussir dans ce pourvoi sur les deux moyens que j'ai examinés, bien qu'une réussite sur l'un ou l'autre suffise à accueillir le pourvoi. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions du Tribunal d'appel des cours martiales et de la Cour martiale permanente et d'annuler les déclarations de culpabilité.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Beetz et Chouinard rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi interjeté avec l'autorisation de cette Cour attaque un arrêt du juge Pennell du Tribunal d'appel des cours martiales du Canada, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelant des déclarations de culpabilité dont il a fait l'objet sur cinq des six infractions dont l'avait trouvé coupable une cour martiale permanente à Esquimalt (C-.B.).

Quatre des infractions en cause concernent le trafic de stupéfiants contrairement au par. 4(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, alors que la cinquième concerne la possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la même loi. L'appelant est membre de la force régulière des Forces canadiennes et toutes les infractions reprochées sauf une ont été commises sur une base des Forces canadiennes. Les accusations ont été portées en vertu de l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, chap. N-4, qui dispose en partie:

> 120. (1) Une action ou omission
>
> *a*) qui se produit au Canada et est punissable selon la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada; ou
>
> *b*) qui se produit en dehors du Canada et qui, si elle était faite au Canada, serait punissable suivant la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou toute autre loi du Parlement du Canada;
>
> est une infraction tombant sous le coup de la présente Partie, et toute personne qui en est déclarée coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).
>
> (2) Sous réserve du paragraphe (3), un tribunal militaire déclarant une personne coupable aux termes du paragraphe (1) doit,
>
> *a*) si la déclaration de culpabilité est relative à une infraction

(i) committed in Canada, under Part XII of this Act, the *Criminal Code* or any other Act of the Parliament of Canada and for which a minimum punishment is prescribed, or

(ii) committed outside Canada under section 218 of the *Criminal Code*,

impose a punishment in accordance with the enactment prescribing the minimum punishmenf for the offence; or

(*b*) in any other case,

(i) impose the penalty prescribed for the offence in Part XII of this Act, the *Criminal Code* or that other Act, or

(ii) impose dismissal with disgrace from Her Majesty's service or less punishment.

I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by the Chief Justice in which he has summarized many of the circumstances giving rise to this appeal and I take note of the significance to be attached to the "constitutional questions" which he has posed and caused to be distributed in conformity with Rule 17 of the Rules of this Court. Those questions read as follows:

1. Are the provisions of the *National Defence Act* which authorized the trial by service tribunals of military personnel charged with criminal offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* inoperative by reason of Section 1(*a*), 1(*b*), 2(*e*) and 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*?

2. Is the *National Defence Act* in as far as it permits criminal proceedings before service tribunals for offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* to be instituted and conducted by military prosecutor and not by the Attorney General of a province or the Attorney General of Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada?

The relevant provisions of the *Canadian Bill of Rights* (hereinafter referred to as the "*Bill of Rights*") read as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(*a*) the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right

(i) commise au Canada, sous le régime de la Partie XII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi du Parlement du Canada, et pour laquelle une peine minimum est prescrite, ou

(ii) commise hors du Canada sous le régime de l'article 218 du *Code criminel*,

infliger une peine en conformité de la disposition législative qui prescrit la peine minimum pour l'infraction; ou.

b) dans tout autre cas,

(i) infliger la peine prévue pour l'infraction par la Partie XII de la présente loi, le *Code criminel* ou l'autre loi pertinente, ou

(ii) infliger la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté ou une moindre peine.

J'ai eu l'occasion de lire les motifs du Juge en chef dans lesquels il résume les faits à l'origine de ce pourvoi, et je note l'importance qui doit être accordée aux «questions constitutionnelles» qu'il a énoncées et fait signifier conformément à la règle 17 des Règles de cette Cour. Ces questions sont les suivantes:

1. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès du personnel militaire accusé d'infractions criminelles commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel* devant des tribunaux militaires, sont-elles inopérantes en raison des alinéas 1*a*), 1*b*), 2*e*) et 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*?

2. Est-ce que la *Loi sur la défense nationale* est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle permet au procureur à charge militaire et non au procureur général d'une province ou au procureur général du Canada d'instituer et de mener des poursuites criminelles devant des tribunaux militaires pour des infractions commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel*?

Les dispositions pertinentes de la *Déclaration canadienne des droits* (ci-après appelée la «*Déclaration des droits*»), se lisent comme suit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses

not to be deprived thereof except by due process of law;

(*b*) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law; . . .

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to . . . .

(*e*) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

(*f*) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, or of the right to reasonable bail without just cause; or . . . .

The main contention of the appellant for reliance on s. 1(*b*) was, as I understood it, directed to a submission that the provisions of the *National Defence Act* deprived the appellant of his right to equality before the law which is guaranteed by that section in that he is exposed to trial in a different court (*i.e.* a court martial) from other citizens. In considering this and the other submissions made by the appellant, I think it should first be observed that the *National Defence Act*, pursuant to which the charges were laid in this case, is legislation enacted in fulfilment of the legislative obligation assigned to Parliament by s. 91(7) of the *British North America Act* which provides that:

. . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to . . .

7. Militia, Military and Naval Service, and Defence.

This authority must, in my opinion, include the authority to enact legislation for regulation and control of the behaviour and discipline of members of the services and this in turn includes the making of provision for the extablishment of courts to enforce such legislation.

biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi;

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, retreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme . . .

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations;

f) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé, ou la privant sans juste cause du droit à un cautionnement raisonnable; ou . . .

Le principal argument de l'appelant pour invoquer l'al. 1*b*) est, si j'ai bien compris, que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* le privent de son droit à l'égalité devant la loi que garantit cet alinéa parce qu'il peut être jugé par un tribunal (c.-à-d. une cour martiale) différent de celui qui peut juger les autres citoyens. Dans l'examen de ce point et des autres prétentions de l'appelant, il faut d'abord faire remarquer que la *Loi sur la défense nationale*, en vertu de laquelle les accusations ont été portées en l'espèce, est une loi édictée en application de l'obligation de légiférer assignée au Parlement par le par. 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui dispose:

. . . l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à . . .

7. La milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays.

Ce pouvoir doit, à mon avis, comporter celui d'édicter des lois pour réglementer et régir la conduite et la discipline des membres des forces armées, ce qui implique en conséquence l'adoption de dispositions établissant des tribunaux chargés de leur application.

This is obviously legislation enacted for the purpose of achieving a valid federal objective and it deals with a particular class of individuals who are members of the services.

This appears to me to be a situation to which the language used by Mr. Justice Martland, speaking for the Court in *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*[8], at p. 382, is directly applicable. He there said:

This Court has held that s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner. Legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective.

The case of *Prata*, read in conjunction with that of *The Queen v. Burnshine*[9] is, in my opinion, with all respect for those who may hold a different view, directly contrary to the contention advanced by the appellant under s. 1(*b*) of the *Bill of Rights* in this case.

It is, however, contended on behalf of the appellant that the provision for an accused serviceman being charged either before a court martial or a civilian court exposes him to a duality of criminal procedures which is a badge of inequality before the law. It is to be remembered however in considering all the submissions made on behalf of the appellant that in the administration of the Code of Service Discipline under the *National Defence Act* (including s. 120) the jurisdiction of the civil courts is never ousted and the following provision is made in s. 61 of that Act:

61. (1) Nothing in the Code of Service Discipline affects the jurisdiction of any civil court to try a person for any offence triable by that court.

This is merely a statutory recognition of the long accepted principle described by Dicey as "the fixed doctrine of English law that a soldier though a member of a standing army, is in England subject to all the duties and liabilities of an ordinary citizen". The position of the two systems of law was described by Cattanach J. in a well-considered

[8] [1976] 1 S.C.R. 376.
[9] [1975] 1 S.C.R. 693.

Il s'agit là de toute évidence d'une loi adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier, qui vise une catégorie particulière d'individus, savoir les membres des forces armées.

C'est à mon avis un cas où les propos tenus par le juge Martland, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*[8], à la p. 382 sont directement applicables:

Cette Cour a décidé que l'al. *b*) du par. (1) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exige pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier.

Avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, j'estime que l'arrêt *Prata*, interprété en corrélation avec l'arrêt *La Reine c. Burnshine*[9], va directement à l'encontre de la prétention que l'appelant fonde sur l'al. 1*b*) de la *Déclaration des droits* en l'espèce.

On allègue cependant au nom de l'appelant que la possibilité de porter des accusations contre un militaire devant une cour martiale ou devant un tribunal civil, l'expose à une dualité de poursuites criminelles caractéristique de l'inégalité devant la loi. Il faut cependant garder à l'esprit, en examinant tous les arguments soumis au nom de l'appelant que, dans l'application du Code de discipline militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale* (y compris l'art. 120), la compétence des tribunaux civils n'est jamais exclue et que l'art. 61 de cette loi dispose:

61. (1) Rien dans le Code de discipline militaire n'atteint la compétence d'un tribunal civil pour juger une personne sur une infraction jugeable par ce tribunal.

La Loi consacre simplement ainsi le principe reconnu depuis longtemps et que Dicey a décrit comme [TRADUCTION] «la doctrine bien établie en droit anglais, savoir qu'un soldat, quoique faisant partie d'une armée régulière, est, en Angleterre, assujetti à tous les devoirs et obligations d'un citoyen ordinaire». Dans un jugement bien motivé

[8] [1976] 1 R.C.S. 376.
[9] [1975] 1 R.C.S. 693.

judgment rendered on an application for prohibition brought before him during the early stages of the present case. The learned judge there said:

> The military law, which stands side by side with the general law of the land, is equally part of the law of the land but is limited to members of the armed services and other persons who are subject to that law.

The degree to which Parliament has provided for the two systems of law to operate concurrently is demonstrated by the provisions of s. 129 of the *National Defence Act* which read:

> 129. All rules and principles from time to time followed in the civil courts in proceedings under the *Criminal Code* that would render any circumstances a justification or excuse for any act or omission or a defence to any charge, are applicable to any defence to a charge under the Code of Service Discipline, except in so far as such rules and principles are altered by or are inconsistent with the Act.

The effect of s. 120 of the *National Defence Act* is to import the provisions of that Act concerning trial, punishment and discipline so as to make them apply to the trial of offences under the *Criminal Code* when tried by court martial and the implementation of that legislation of necessity occasions differences in the treatment of service personnel and civilians in regard to procedure, the rules of evidence and other matters, but such legislation must be read in light of what was said in this Court in the cases of *Curr v. The Queen*[10], *Bliss v. The Attorney General of Canada*[11]; *The Queen v. Burnshine*[12], and *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration, supra.*

The case of *Curr* was referred to in the judgment of the full Court in *Bliss and the Attorney General of Canada, supra,* at p. 193, in the following terms:

> In this regard, the following passage which is also found in the reasons for judgment of the present Chief Justice in *Curr v. The Queen, supra*, although it is directed to the effect of the "due process" provision of s. 1 (*a*) of the *Bill of Rights*, in my opinion applies with

[10] [1972] S.C.R. 889.
[11] [1979] 1 S.C.R. 183.
[12] [1975] 1 S.C.R. 693.

rendu sur une enquête en prohibition soumise au tout début de la présente affaire, le juge Cattanach a situé les deux systèmes de droit en ces termes:

> Le droit militaire, qui côtoie de près le droit commun général, en fait lui-même partie, quoiqu'il soit restreint dans son application aux membres des Forces armées et à d'autres personnes assujetties également audit droit militaire.

L'article 129 de la *Loi sur la défense nationale* illustre jusqu'à quel point le Parlement a prévu l'intégration des deux systèmes de droit:

> 129. Les règles et principes suivis à l'occasion devant les tribunaux civils dans les procédures prévues par le *Code criminel*, qui feraient d'une circonstance quelconque une justification ou une excuse d'un acte ou d'une omission, ou un moyen de défense contre une accusation, s'appliquent à toute défense contre une accusation visée par le Code de discipline militaire, sauf dans la mesure où ces règles et principes sont modifiés par la présente loi ou incompatibles avec elle.

L'effet de l'art. 120 de la *Loi sur la défense nationale* est de rendre applicables les dispositions de cette loi sur le procès, la peine et la discipline lorsqu'une cour martiale est saisie d'infractions au *Code criminel*. L'application de cette loi entraîne nécessairement des différences entre la façon dont sont traités les membres des forces armées et les civils en ce qui concerne la procédure, les règles de preuve et d'autres questions, mais il faut l'interpréter à la lumière de ce que cette Cour a dit dans les arrêts *Curr c. la Reine*[10], *Bliss c. Le procureur général du Canada*[11], *La Reine c. Burnshine*[12], et *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* (précité).

Dans *Bliss c. Le procureur général du Canada* (précité), un arrêt unanime de la Cour, on fait référence à la p. 193 à l'arrêt *Curr* en ces termes:

> A ce propos, l'extrait suivant des motifs de jugement du Juge en chef actuel, dans l'arrêt *Curr c. La Reine* (précité), qui traite de l'effet de la disposition relative à «l'application régulière de la loi» à l'al. 1*a*) de la *Déclaration des droits*, s'applique tout aussi bien à la question

[10] [1972] R.C.S. 889.
[11] [1979] 1 R.C.S. 183.
[12] [1975] 1 R.C.S. 693.

equal force in considering whether s. 1 (*b*) renders the impugned section inoperative. He there said at p. 899:

> . . . compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*.

There can be no doubt that the *National Defence Act* was enacted by Parliament "constitutionally competent to do so and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government".

In the case of *Burnshine*, Mr. Justice Martland, speaking for the majority of this Court at p. 701, referred with approval to what had been said by Jackett C.J. in the Federal Court in the *Prata*[13] case, at p. 473 where he said:

> It is a novel thought to me that it is inconsistent with the concept of equality before the law for Parliament to make a law that, for sound reasons of legislative policy, applies to one class of persons and not to another class. As it seems to me, it is of the essence of sound legislation that law be so tailored as to be applicable to such classes of persons and in such circumstances as are best calculated to achieve the social, economic or other national objectives that have been adopted by Parliament.

Burnshine was a case concerning the validity of legislation providing for the imposition of certain sentences which only apply to offenders in a particular age group and to a particular area. In the same case, Mr. Justice Martland, speaking of the allegedly offensive legislation, had this to say:

> In my opinion, in order to succeed in the present case, it would be necessary for the respondent, at least, to satisfy this Court that, in enacting s. 150, Parliament was not seeking to achieve a valid federal objective. This was not established or sought to be established.

It is equally true in the present case that no effort was made or indeed could have been made

[13] (1972), 31 D.L.R. (3d) 465.

de savoir si l'al. 1*b*) rend inopérant l'article contesté. Il dit à la p. 899:

> . . . il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Il ne fait aucun doute que la *Loi sur la défense nationale* a été édictée par un Parlement «compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable».

Dans l'arrêt *Burnshine*, à la p. 701, le juge Martland, qui exprimait l'opinion de la majorité de cette Cour, a cité et approuvé ce qu'avait dit le juge en chef Jackett de la Cour fédérale dans l'arrêt *Prata*[13], à la p. 473:

> Il ne m'est jamais venu à l'esprit que le principe de l'égalité devant la loi interdise au Parlement d'adopter, pour des raisons dictées par une saine politique législative, des lois qui s'appliquent à une catégorie de personnes à l'exclusion d'une autre. Il me semble qu'il est de la nature même de la fonction législative de viser à créer des dispositions applicables à des catégories de personnes et dans des circonstances définies de façon à favoriser la réalisation des objectifs nationaux, d'ordre économique, social ou autre, fixés par le Parlement.

L'affaire *Burnshine* portait sur la validité d'un texte législatif prescrivant l'imposition de certaines peines à des contrevenants d'un groupe d'âge particulier et d'une région particulière. Dans la même affaire, le juge Martland, à propos de la disposition attaquée, a dit:

> A mon avis, pour qu'il ait gain de cause en la présente affaire, il serait nécessaire, au moins, que l'intimé établisse à la satisfaction de la Cour qu'en adoptant l'art. 150 le Parlement ne cherchait pas l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier. Cela n'a pas été établi et on n'a pas tenté de le faire.

Il est également vrai dans le présent pourvoi que l'on n'a aucunement tenté de prouver que le Parle-

[13] (1972), 31 D.L.R. (3d) 465.

to demonstrate that Parliament was not seeking to achieve a valid federal objective.

In the present case the decision that the offences alleged against the appellant should be tried by court martial was made by the commander of the mobile command in which he was serving, acting under the authority of the Minister of National Defence, and the contention that this procedure deprived the appellant of his right to equality before the law and protection of the law as guaranteed by the *Bill of Rights* appears to me to be answered in the case of *Smythe v. The Queen*[14], where the Chief Justice of this Court adopted the following statement made by Mr. Justice Montgomery in the case of *R. v. Court of Sessions, Ex p. Lafleur*[15], at p. 248, where he said in part:

I cannot conceive of a system of enforcing the law where one in authority is not called upon to decide whether or not a person should be prosecuted for an alleged offence. Inevitably there will be cases where one man is prosecuted where another man perhaps equally guilty goes free. A single act, or series of acts, may render a person liable to prosecution in more than one charge and someone must decide what charges are to be made. If an authority such as the Attorney General can have the right to decide whether or not a person should be prosecuted, surely he may, if authorized by statute, have the right to decide what form the prosecution shall take.

In my view, in this context the Minister of National Defence stands in the place of the Attorney General, and applying the principle demonstrated by the *Smythe* case, I can find no deprival of human rights in the manner in which the appellant was charged and his trial convened.

It was, however, seriously contended that the *National Defence Act* was inoperative as contravening the provisions of s. 2 (*f*) of the *Bill of Rights* in so far as that section provides that no law of Canada shall be construed so as to deprive a person charged with a criminal offence of the right to "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal".

[14] [1971] S.C.R. 680.
[15] [1967] 3 C.C.C. 244.

ment ne cherchait pas l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier; on n'aurait d'ailleurs pas pu le faire.

En l'espèce, agissant sous l'autorité du ministre de la Défense nationale, le chef du commandement de la force mobile dont l'appelant faisait partie, a décidé de le faire juger par une cour martiale sur les infractions reprochées. L'arrêt *Smythe c. La Reine*[14], règle à mon sens la prétention que cette procédure prive l'appelant de son droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi garantis par la *Déclaration des droits*. Le Juge en chef de cette Cour y a adopté l'énoncé suivant formulé par le juge Montgomery dans l'arrêt *Ex parte Lafleur*[15], à la p. 248, où il a notamment dit:

[TRADUCTION] Je ne puis concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée. Il se présentera inévitablement des cas où une personne sera poursuivie tandis qu'une autre, peut-être également coupable, ne le sera pas. Un acte unique, ou une série d'actes, peuvent exposer une personne à des poursuites sur plus d'une accusation, et quelqu'un doit décider quelles accusations seront portées. Si une personne ayant autorité, telle que le Procureur général, peut avoir le droit de décider si une personne sera poursuivie ou non, elle peut à coup sûr, si la loi l'y autorise, avoir le droit de déterminer la forme que prendra la poursuite.

A mon avis, dans ce contexte, le ministre de la Défense nationale joue le rôle du procureur général, et, si j'applique le principe établi par l'arrêt *Smythe*, je ne puis conclure que la manière dont l'appelant a été inculpé et son procès intenté a violé ses droits fondamentaux.

On a, cependant, sérieusement soutenu que la *Loi sur la défense nationale* était inopérante parce qu'elle contrevenait aux dispositions de l'al. 2*f*) de la *Déclaration des droits* en ce que cet alinéa établit qu'aucune loi du Canada ne doit s'interpréter de façon à priver une personne accusée d'un acte criminel du droit à une «audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé».

[14] [1971] R.C.S. 680.
[15] [1967] 3 C.C.C. 244.

The complaint in this regard centred on the submission that the appellant was deprived of a hearing by an independent and impartial tribunal because the president of the standing court martial was unsuitable for that task as he was a member of the Armed Forces albeit of the Judge Advocate General's Branch.

It should I think be observed that the Court which tried the appellant was established by the Governor in Council (s. 154(1)) and the president, who was appointed by the Minister of National Defence, was an officer whose rank indicates that he had had some years of military service and whose position with the branch of the Judge Advocate General bespeaks familiarity with military law. An officer such as this whose occupation is closely associated with the administration of the law under the *National Defence Act* and whose career in the army must have made him familiar with what service life entails would, with all respect to those who hold a different view, appear to me to be a more suitable candidate for president of a court martial than a barrister or a judge who has spent his working life in the practice of non-military law. There is no evidence whatever in the record of the trial to suggest that the president acted in anything but an independent and impartial manner or that he was otherwise unfitted for the task to which he was appointed.

The defending officer, who was a civilian barrister, provided a vigorous defence in four Courts and it is worthy of note that he had made the following statement at the outset of the proceedings:

First, I would like to point out for the record Mr. President, that neither I or the accused have any personal objection to you either because of your education or qualifications or ability or judgment.

I can find no support in the evidence for the contention that the appointment of the president of the Court resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal.

It will be seen from the above that I would answer the first question posed by the Chief Justice in the negative.

L'appelant allègue à cet égard qu'il a été privé d'une audition par un tribunal indépendant et non préjugé parce que le président de la cour martiale permanente était inapte à remplir cette tâche en tant que membre des forces armées, bien qu'il fût rattaché au bureau du juge-avocat général.

Il faut, selon moi, faire remarquer que le tribunal qui a jugé l'appelant a été créé par le gouverneur en conseil (par. 154(1)) et que le président, qui a été nommé par le ministre de la Défense nationale, était un officier dont le rang indique qu'il avait nombre d'années de service et dont le poste au bureau du juge-avocat général témoigne de sa connaissance du droit militaire. Un officier comme celui-là, dont les fonctions sont reliées d'aussi près à l'application du droit issu de la *Loi sur la défense nationale* et que sa carrière dans l'armée a dû rendre familier avec les exigences de la vie militaire, me paraît, avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, être un candidat plus apte à la présidence d'une cour martiale qu'un avocat ou un juge qui a fait carrière dans le droit non militaire. Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.

L'officier qui a assuré la défense, un avocat civil, a mené une défense vigoureuse devant quatre tribunaux et il est intéressant de souligner ce qu'il a dit au début des procédures:

[TRADUCTION] Premièrement, j'aimerais souligner, M. le Président, que ni l'accusé ni moi-même n'avons d'objection personnelle à votre égard à cause de votre formation, de votre compétence ou de votre jugement.

Je ne trouve rien dans la preuve qui fonde la prétention que la nomination du président de la cour pour le procès a eu pour résultat de priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat.

Il ressort de ce qui précède que je suis d'avis de donner une réponse négative à la première question formulée par le Juge en chef.

The second question, as posed by the Chief Justice, asks whether the proceedings here in question can be conducted by a military prosecutor and not the Attorney General of a province or the Attorney General of Canada. As the issue is framed, it raises a question as to the constitutional competence of Parliament to designate a military officer as prosecutor for offences against the code of Service Discipline under the *National Defence Act*, even though those offences are ones which, if committed by a civilian, would come under the purview of the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act*. A similar issue was raised recently in this Court in *The Queen v. Hauser*[16]. There, the question was whether it was competent for Parliament to allow a federal agent to conduct the proceedings in respect of violations of any act of Parliament other than the *Criminal Code*, and specifically, the *Narcotic Control Act*, to the exclusion of the provincial Attorney General. This Court held that it was competent for Parliament to do so, and Pigeon J. states at p. 992:

> In accordance with this principle I will endeavour to express an opinion on the constitutional question without going any further than necessary. As worded, it does not put in issue what counsel for the appellant called the "broad proposition", namely, the assertion of complete federal legislative authority over the conduct of all criminal proceedings rather than only over criminal proceedings in respect of a violation or conspiracy to violate a federal enactment other than the *Criminal Code*. *From a constitutional point of view, the distinction properly should be between enactments founded on the criminal law power and other enactments* as was pointed out on behalf of the three provinces which accept that, *in legislating under any other head of power, the federal Parliament can completely provide for prosecutions by federal officials*, although they deny such power for the enforcement of criminal law strictly so called. (The italics are my own.)

These comments determine the issue here in question. The only means by which the provisions of the *National Defence Act* in regards to this question could be *ultra vires* Parliament would be if the power interfered with the power of the province to legislate in regard to matters under s. 92(14) of the *B.N.A. Act*. As Pigeon J. points out

[16] [1979] 1 S.C.R. 984.

La seconde question qu'a formulée le Juge en chef est celle de savoir si les poursuites en l'espèce peuvent être menées par un procureur à charge militaire plutôt que par le procureur général d'une province ou le procureur général du Canada. La formulation de la question met en jeu la compétence constitutionnelle du Parlement de désigner un officier militaire comme procureur à charge dans les cas d'infractions au Code de discipline militaire établi par la *Loi sur la défense nationale*, même si ce sont des infractions qui, commises par un civil, ressortiraient au *Code criminel* ou à la *Loi sur les stupéfiants*. Cette Cour a récemment été saisie d'une question analogue dans l'affaire *La Reine c. Hauser*[16]. Il s'agissait de savoir si le Parlement avait compétence pour autoriser un fonctionnaire fédéral à mener des poursuites pour la violation d'une loi du Parlement autre que le *Code criminel*, et en particulier de la *Loi sur les stupéfiants*, à l'exclusion du procureur général de la province. Cette Cour a décidé que le Parlement avait compétence pour ce faire, et le juge Pigeon dit à la p. 992:

> Selon ce principe, je me propose d'opiner sur la question constitutionnelle sans m'aventurer plus loin que nécessaire. Telle que libellée, elle ne met pas en jeu ce que l'avocat de l'appelante a appelé sa «thèse globale», savoir, l'affirmation d'un pouvoir législatif fédéral complet sur la direction de toutes procédures criminelles et non pas seulement les procédures criminelles relatives à une infraction ou à un complot d'infraction à une loi fédérale autre que le *Code criminel*. *Du point de vue constitutionnel, la distinction à faire est entre les lois fondées sur le pouvoir législatif en matière de droit criminel et toutes les autres lois fédérales*; c'est ce que disent les trois provinces qui reconnaissent que, *lorsqu'il légifère dans ses autres domaines de compétence, le Parlement fédéral peut confier la direction des poursuites aux fonctionnaires fédéraux*, mais ces provinces contestent cette compétence à l'égard des poursuites en droit criminel proprement dit. (Les italiques sont de moi.)

Ces remarques tranchent la question en litige ici. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* ne pourraient être *ultra vires* du Parlement sur cette question que si le pouvoir venait en conflit avec le pouvoir de la province de légiférer dans les domaines visés par le par. 92(14) de l'*A.A.N.B.* Comme l'a fait remarquer le juge Pigeon dans

[16] [1979] 1 R.C.S. 984.

in *Hauser,* the provincial power regarding the administration of justice in criminal matters applies only where the subject-matter involved falls strictly within the criminal law power itself. As I have pointed out above in these reasons, the power exercised under the *National Defence Act* establishing service offences, service tribunals, and service prosecuting officers as regards service personnel derives its force from the defence power of s. 91(7). In this regard, I am in full agreement with the comments of Cattanach. J., in ruling on one of the applications below in this case, in [1978] 1 F.C. 233, at p. 244:

> Neither can there be any question whatsoever that Parliament in enacting the *National Defence Act* and therein providing a code of discipline applicable exclusively to members of the armed forces and providing a system of courts to enforce that code was enacting legislation within the legislative authority bestowed on Parliament by section 91(7) of *The British North America Act, 1867* the class of subject being "Militia, Military and Naval Service, and Defence". As I have pointed out above for there to be an efficient defence it is axiomatic that there must be discipline in the forces and that that discipline must be enforceable within the service. The legislative purpose is abundantly clear.

The power to allow prosecutions by military authorities is a necessary aspect of dealing with service offences, which have always been considered part of military law. The legislation here derives its force from s. 91(7) and therefore there is no possible application for provincial powers under s. 91(24). The legislation is therefore exclusive to the power of Parliament, even for those matters which would normally fall under the *Criminal Code,* or the *Narcotic Control Act* but which, through the legislation and the application of military law properly fall into the category of service offences.

Even if the matters were not service offences, the power here to designate a federal agent to conduct the prosecution of the offence is one which is properly within federal competence. The offences here involve narcotics, and this Court held

l'arrêt *Hauser,* le pouvoir provincial relatif à l'administration de la justice en matière criminelle ne s'applique que lorsque la matière en cause relève directement du pouvoir relatif au droit criminel lui-même. Comme je l'ai souligné plus tôt dans les présents motifs, le pouvoir exercé conformément à la *Loi sur la défense nationale* de créer des infractions militaires, des tribunaux militaires et des procureurs à charge militaires pour ce qui est des membres des forces armées tire son existence du pouvoir relatif à la défense conféré par le par. 91(7). Sur ce point, je suis entièrement d'accord avec les remarques qu'a faites le juge Cattanach en statuant sur l'une des requêtes présentées en instance inférieure en l'espèce, [1978] 1 C.F. 233, à la p. 244:

> Il ne fait aucun doute d'autre part que le Parlement, en adoptant la *Loi sur la défense nationale* et en instituant un code de discipline applicable seulement aux membres des Forces armées ainsi qu'une juridiction pour l'appliquer, adoptait une loi relevant de la compétence législative attribuée au Parlement par l'article 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique,* 1867, dans les domaines suivants: «la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays». Comme je l'ai fait remarquer plus haut, pour une défense nationale efficace, il doit y avoir, cela va de soi, de la discipline au sein de l'armée et celle-ci doit être en mesure de la faire respecter. L'objet de la Loi est parfaitement clair.

Le pouvoir de permettre aux autorités militaires d'intenter des poursuites est un aspect nécessaire de la répression des infractions militaires que l'on a toujours considérées comme faisant partie du droit militaire. La loi en cause tire sa force du par. 91(7) et il n'y a donc pas d'application possible des pouvoirs provinciaux en vertu du par. 91(24). La Loi ressortit donc exclusivement au Parlement, même dans les domaines qui relèvent normalement du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* mais qui, à cause de la Loi et de l'application du droit militaire, sont à bon droit inclus dans la catégorie des infractions militaires.

Même s'il ne s'agissait pas d'infractions militaires, le pouvoir en l'espèce de nommer un fonctionnaire fédéral pour mener la poursuite relative à l'infraction relève à bon droit de la compétence fédérale. Les infractions en cause en l'espèce con-

in *Hauser, supra,* that it is within federal competence to allow a federal agent to prosecute such matters.

The necessity of recognizing that a separate code of law administered within the services is an essential ingredient of service life has been appreciated since the earliest days, and in my view the administration of the *National Defence Act* must be considered in light of the history and development of that code. Some indication of the antiquity of the practice of dealing separately with service personnel by court martial can be seen in the following excerpt from Holdsworth's, *A History of English Law*, vol. X, at pp. 709 and 710, where he is discussing the confusion which at one time existed between the use of the terms "martial law" and "military law". He there said:

> The chequered history of the law which has governed the discipline of the army sufficiently accounts for the vagueness of the term "martial law," and the uncertainty as to the legal force of a proclamation of martial law. The court of the Constable and the Marshal, which had administered martial law to the army in the Middle Ages, had long been obsolete in the eighteenth century; and jurisdiction over soldiers was exercised by courts martial composed of officers of the army, acting under the statutory powers conferred by the annual Mutiny Act. The law which these courts martial administered was then called martial law—the modern term, military law, had not as yet been invented. Martial law- in this sense of the word, was as definite a body of law as it is today; and its ambit was equally definite. It applied only to soldiers in the regular army and other persons defined by the Mutiny Act. The courts martial which administered this body of law, and the law which they administered, were quite distinct from the court of the Constable and the Marshal and the law which it administered.

In England the Code of Service Discipline became embodied in the *Army Act* which was recognized as a governing authority in the first *Militia Act* of Canada—*An Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*, 1868 (Can.), c. 40, and it was specifically made applicable to the Canadian militia by the *Militia Act*, R.S.C. 1927, c. 132, and Canadian army personnel were largely governed by the *Army Act* of the United Kingdom and the King's Regulations

cernent des stupéfiants et, dans l'arrêt *Hauser*, précité, cette Cour a décidé que le fédéral est compétent pour autoriser un fonctionnaire fédéral à poursuivre à cet égard.

On reconnaît depuis toujours la nécessité d'appliquer un code distinct au sein des forces armées comme un ingrédient essentiel de la vie militaire et, à mon avis, l'application de la *Loi sur la défense nationale* doit être étudiée à la lumière de l'histoire et de l'évolution de ce code. On peut se faire une idée de l'ancienneté de l'usage voulant que les membres des forces armées soient traités séparément par des cours martiales en lisant le passage suivant de Holdsworth's, *A History of English Law*, vol. X, aux pp. 709 et 710, où l'auteur traite de la confusion qui a existé à un moment donné entre les termes «loi martiale» et «droit militaire»:

> [TRADUCTION] La turbulente histoire du droit régissant la discipline militaire explique suffisamment pourquoi le terme «loi martiale» est vague et l'effet juridique d'une proclamation de la loi martiale, incertain. La cour du Connétable et du Maréchal, qui appliquait le droit militaire au Moyen-Âge, était depuis longtemps tombée en désuétude au 18e siècle, et ce sont des cours martiales composées d'officiers militaires, agissant conformément au pouvoir conféré par la *Mutiny Act* annuelle, qui avaient compétence sur les militaires. Les lois qu'appliquaient ces cours martiales étaient alors appelées lois martiales—le terme moderne, droit militaire, n'avait pas encore été inventé. La loi martiale, dans ce sens-là, constituait un droit tout aussi précis qu'aujourd'hui, et sa portée l'était tout autant. Elle ne s'appliquait qu'aux soldats de l'armée permanente et aux autres personnes désignées par la *Mutiny Act*. Les cours martiales, qui appliquaient ce droit, et ce droit lui-même étaient respectivement très différents de la cour du Connétable et du Maréchal et du droit qu'elle appliquait.

En Angleterre, le Code de discipline militaire a été intégré à l'*Army Act*, à laquelle la première *Loi de milice* du Canada—l'*Acte concernant la milice et la défense du Dominion du Canada*, 1868 (Can.), chap. 40, a donné force de loi; elle a été spécifiquement rendue applicable à la milice canadienne par la *Loi de milice*, S.R.C. 1927 chap. 132; les membres des Forces armées canadiennes ont globalement été régis par l'*Army Act* du Royaume-Uni et les règlements royaux adoptés en

made thereunder until after the end of the last world war when the *National Defence Act*, 1950 (Can.), c. 43, was enacted. Parliament had, however, already passed the *Naval Service Act* in 1944 containing a separate code for the navy and during the war years modifications were made in the application of the laws of the United Kingdom to the Royal Canadian Air Force.

It was against this background that the authorities were required to develop an independent Canadian statute applicable to all services and the resultant *National Defence Act*, 1950, was the product of mature consideration based on long experience both in war and in peace.

In the course of the reasons for judgment delivered by Mr. Justice Cattanach to which I have already referred, he had occasion to say, at p. 235 of the Report:

> Military law and its administration in armed forces has subsisted since time immemorial and it has subsisted in Canada since the first Canadian military force was organized one year after Confederation. However it is a fundamental constitutional principle that a soldier does not, by virtue of joining the armed forces and the consequent military character he assumes, escape the jurisdiction of the civil courts of this country. Accordingly the ordinary law that applies to all citizens also applies to members of the armed forces but by joining the armed forces those members subject themselves to additional legal liabilities, disabilities and rights, that is to say to Canadian military law.
>
> Without a code of service discipline the armed forces could not discharge the function for which they were created.

The same learned judge later made the following comment:

> Many offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment. Examples of such are manifold such as theft from a comrade. In the service that is more reprehensible since it detracts from the essenital *esprit de corps*, mutual respect and trust in comrades and the exigencies of the barrack room life style. Again for a citizen to strike another a blow is assault punishable as such but for a

vertu de celle-ci jusqu'après la Seconde Guerre mondiale lorsque la *Loi sur la défense nationale*, 1950 (Can.), chap. 43 a été édictée. Le Parlement avait, cependant, déjà adopté la *Loi sur le service naval*, en 1944, qui contenait un code distinct pour la marine et, pendant les années de guerre, des modifications ont été apportées à l'application des lois du Royaume-Uni à l'Aviation royale du Canada.

C'est en tenant compte de ce passé que les autorités ont dû rédiger une loi canadienne autonome applicable à tous les corps d'armée, et la *Loi sur la défense nationale* de 1950, qui en a résulté, est le fruit d'une mure réflexion fondée sur une longue expérience en temps de paix comme en temps de guerre.

Dans les motifs de jugement du juge Cattanach que j'ai déjà mentionnés, celui-ci dit notamment, à la p. 235 du recueil:

> Le droit militaire, administré au sein des Forces armées, existe depuis des temps immémoriaux; au Canada, il remonte à l'époque où a été créée la première force armée canadienne, un an après la Confédération. Toutefois, il existe un principe constitutionnel fondamental voulant qu'un soldat n'échappe pas, du fait de son enrôlement dans l'armée et du statut militaire qui en conséquence devient le sien, aux juridictions de droit commun de notre pays. Il s'ensuit que le droit commun applicable à tous les citoyens s'applique aussi aux membres des Forces armées, mais ceux-ci souscrivent du fait de leur enrôlement des obligations juridiques additionnelles, acquièrent ou perdent certains droits, c'est-à-dire qu'ils sont alors régis par le droit militaire canadien.
>
> Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées.

Le même juge fait la remarque suivante plus loin:

> Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet «esprit de corps» si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour

soldier to strike a superior officer is much more serious detracting from discipline and in some circumstances may amount to mutiny. The converse, that is for an officer to strike a soldier is also a serious service offence. In civilian life it is the right of the citizen to refuse to work but for a soldier to do so is mutiny, a most serious offence, in some instances punishable by death. Similarly a citizen may leave his employment at any time and the only liability he may incur is for breach of contract but for a soldier to do so is the serious offence of absence without leave and if he does not intend to return the offence is desertion.

un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. A l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps, sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une infraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion.

It may be thought also that the offence of trafficking in narcotics takes on a special character when it is committed, as it was here, at an armed forces base where service personnel are equipped with firearms.

On peut également penser que l'infraction de trafic de stupéfiants revêt un caractère spécial lorsqu'elle est commise, comme c'est le cas en l'espèce, sur une base des forces armées où les militaires sont armés.

When the *National Defence Act* is considered as a whole it will be seen that it encompasses the rules of discipline necessary to the maintenance of morale and efficiency among troops in training and at the same time envisages conditions under which service offences may be committed outside of Canada by service personnel stationed abroad. The Act also reflects the rules governing members of the armed services in the discharge of the duties required of them when acting in Aid of the Civil Power (s. 232 to s. 242) whereunder they may be required to act on short notice in the controlling of riots at the behest of a provincial attorney general. In my view these are some of the factors which make it apparent that a separate code of discipline administered within the services is an essential ingredient of service life.

Si l'on considère la *Loi sur la défense nationale* dans son ensemble, il est évident qu'elle établit les règles de discipline nécessaires au maintien du moral et de l'efficacité des troupes en entraînement et, en même temps, énonce les circonstances dans lesquelles des infractions militaires peuvent être commises hors du Canada par des militaires postés à l'étranger. La Loi comporte également des règles régissant les militaires dans l'accomplissement de tâches qui leur sont assignées lorsqu'ils viennent prêter main-forte aux pouvoirs civils (art. 232 à 242) s'ils sont requis d'agir d'urgence pour maîtriser des émeutes à la demande du procureur général d'une province. A mon avis, ce sont là quelques-uns des éléments qui démontrent qu'un code de discipline distinct appliqué au sein des forces armées est un ingrédient essentiel de la vie militaire.

It will therefore be seen, as I have said, that the *National Defence Act* is dealing with a particular class of individuals and, as it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective, the provisions of s.1(*b*) of the *Bill of Rights* do not require that its provisions contain the same requirements as all other federal legislation. (See *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration, supra*).

On voit donc, comme je l'ai dit, que la *Loi sur la défense nationale* vise une catégorie particulière d'individus et, comme elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier, les dispositions de l'al. 1*b*) de la *Déclaration des droits* ne requièrent pas qu'elle se conforme aux mêmes exigences que les autres lois fédérales. (Voir *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, précité).

The submissions of the appellant to the effect that a fair trial by an impartial tribunal is denied to service personnel under the *National Defence Act* is indeed difficult to sustain in light of the provisions to which I have referred by which the alleged infringement of a serviceman's rights can be made the subject of review by a court of appeal composed of federally appointed judges who are not members of the services and from whose deliberations an appeal lies to this Court.

For all these reasons I would dismiss this appeal and direct that the matter be disposed of in the manner proposed by the Court Martial Appeal Court of Canada.

The reasons of Dickson and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared by the Chief Justice and by Ritchie J. With the greatest of deference to my brothers, while I am in agreement with the result reached by Ritchie J., I arrive at that conclusion with different considerations in mind and I feel obliged to set down my separate views upon the questions raised in this appeal. The Chief Justice has set out the facts with sufficient detail for my purposes and he has made extensive reference to the statutory provisions involved. I will make only such further reference to the *National Defence Act* as may be necessary to illustrate certain points in these reasons.

The case, as originally presented to this Court in the appellant's factum, raised two principal questions. They were set out in these words:

1. Whether the provisions of the *National Defence Act* which authorize the trial by a service tribunal of military personnel charged with criminal offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* are inoperable by reason of the *Canadian Bill of Rights*.

2. Is the *National Defence Act*, insofar as it permits criminal proceedings before service tribunals for offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* to be instituted and conducted by a military prosecutor and not by the

La prétention de l'appelant que la *Loi sur la défense nationale* prive les membres des forces armées d'un procès équitable par un tribunal non préjugé est manifestement difficile à soutenir, vu les dispositions dont j'ai parlé qui permettent l'examen des supposées violations des droits d'un militaire par une cour d'appel composée de juges nommés par le fédéral, qui ne sont pas membres des forces armées et dont les décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi à cette Cour.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner que la question soit réglée de la façon proposée par le Tribunal d'appel des cours martiales du Canada.

Version française des motifs des juges Dickson et McIntyre rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement rédigés par le Juge en chef et par le juge Ritchie. Avec les plus grands égards pour mes collègues, bien que je souscrive à la conclusion du juge Ritchie, j'arrive à cette conclusion pour d'autres raisons et je crois devoir exposer l'opinion distincte que j'ai sur les questions que soulève ce pourvoi. Le Juge en chef a exposé les faits suffisamment en détail pour mes fins et il fait ample référence aux textes législatifs en cause. Je ne renverrai en l'espèce à la *Loi sur la défense nationale* que dans la mesure où cela sera nécessaire pour illustrer certains points.

Le pourvoi, tel qu'il a d'abord été soumis à cette Cour dans le factum de l'appelant, soulève deux questions principales. Elles ont été formulées en ces termes:

1. Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès du personnel militaire accusé d'infractions criminelles commises au Canada en violation de *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel* devant des tribunaux militaires, sont-elles inopérantes en raison de la *Déclaration canadienne des droits*?

2. Est-ce que la *Loi sur la défense nationale* est *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où elle permet au procureur à charge militaire et non au procureur général d'une province ou au procureur général du Canada d'instituer et de mener des poursuites criminel-

Attorney General of a province or the Attorney General of Canada, *ultra vires* the Parliament of Canada?

In argument the second issue was not raised for, as I understand the matter, it was considered by counsel for the appellant that this point was concluded against his client by the judgment of this Court in *The Queen v. Hauser*[17]. Argument was thus confined to the first point and was presented under two heads. It was argued that the provisions of the *National Defence Act* which provided for the trial of the appellant upon offences under the *Narcotic Control Act*, offended the *Canadian Bill of Rights* in that they deprived the appellant of a right to be tried by an independent and impartial tribunal (s. 2(*f*)) and they deprived the appellant of equality before the law (s. 1(*b*)).

Since very early times it has been recognized in England and in Western European countries which have passed their legal traditions and principles to North America that the special situation created by the presence in society of an armed military force, taken with the special need for the maintenance of efficiency and discipline in that force, has made it necessary to develop a separate body of law which has become known as military law. The development of this body of law included, sometimes in varying degree but always clearly recognized, a judicial role for the officers of the military force concerned. It was inevitable that the question of the relationship of military law to the ordinary civil law would arise. It was also inevitable that the question of the relationship to the civil law of those also subject to the military law would have to be faced. Holdsworth, in his *History of English Law*, 7th rev. ed., 1966, vol. 10, p. 382, says that Blackstone did not deal with these questions but "they were beginning to be raised at or shortly after the time when he wrote in". These questions have been in great part resolved. As a general proposition in England and in Canada, a member of the armed services becomes upon enlistment subject to military law but remains subject to the general civil law. His entry into service adds an obligation in the requirement of conformance with

[17] [1979] 1 S.C.R. 984.

les devant des tribunaux militaires pour des infractions commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel*?

Les avocats de l'appelant n'ont pas soulevé la deuxième question dans leur plaidoirie parce que, si je comprends bien, ils ont considéré que l'arrêt de cette Cour, *La Reine c. Hauser*[17], en disposait à l'encontre de leur client. La plaidoirie s'est donc limitée à la première question et a été présentée en deux parties. Ils ont soutenu que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* qui prévoient le mode de procès de l'appelant pour des infractions à la *Loi sur les stupéfiants* contreviennent à la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elles le privent du droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé (al. 2*f*)) et de l'égalité devant la loi (al. 1*b*)).

Depuis très longtemps, on reconnaît en Angleterre et dans les pays d'Europe occidentale, qui ont transmis leurs traditions et principes juridiques à l'Amérique du Nord, que la situation particulière que crée la présence dans la société d'une force militaire armée, jointe aux impératifs d'efficacité et de discipline de cette force, a exigé l'élaboration d'un droit distinct que l'on a appelé droit militaire. A des degrés divers parfois, mais toujours clairement, ce droit distinct a reconnu un rôle judiciaire aux officiers de la force militaire en cause. Il était inévitable que la question de la relation entre le droit militaire et le droit commun ordinaire vînt à se poser. Il était également inévitable que la question de la relation entre le droit commun et les personnes également assujetties au droit militaire dût être envisagée. Holdsworth, dans son *History of English Law*, 7th rev. ed., 1966, vol. 10, à la p. 382, dit que Blackstone n'a pas traité de ces questions mais [TRADUCTION] «qu'elles commençaient à se poser à l'époque où il a écrit ou peu après». Ces questions ont été en bonne partie résolues. Règle générale, en Angleterre et au Canada, un militaire devient, lorsqu'il s'enrôle, assujetti au droit militaire tout en restant assujetti au droit commun ordinaire. Son entrée dans les forces armées lui impose l'obligation supplémentaire de respecter le droit militaire tout en maintenant son

[17] [1979] 1 R.C.S. 984.

the military law but leaves him subject to the civil law. No further historical comment is required here. The Chief Justice has set out the statutory scheme so far as it is necessary to outline the present scope of the penal provisions provided for and the organization of the courts for the administration of the military law.

As has been observed by the Chief Justice, the *National Defence Act* has not been declared to be operative despite the provisions of the *Canadian Bill of Rights* and it is of course not questioned that the *National Defence Act* is a law of Canada within the meaning of s. 5(2). The provisions of the *Canadian Bill of Rights* must therefore be borne in mind in construing the *National Defence Act*, particularly where, as here, it is alleged that it violates one of the rights guaranteed thereunder.

I turn to the first point raised by counsel for the appellant, namely, that the provisions of the *National Defence Act* which provide for the trial by court martial of members of the armed services for an offence under the *Narcotic Control Act* offend the *Canadian Bill of Rights* in that they deprive the serviceman of his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal, as provided for in s. 2(*f*). With the greatest deference for those who hold opposing views, I am unable to conclude that a trial by court martial under the provisions of the *National Defence Act* of criminal offences, which are also offences at civil law, deprives the defendant of a fair hearing by an independent tribunal. From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function. It arose from practical necessity and, in my view, must continue for the same reason. It is said that by the nature of his close association with the military community and his identification with the military society, the officer is unsuited to exercise this judicial office. It would be impossible to deny that an officer is to some extent the representative of the class in the military hierarchy from which he comes; he would be less than human if he were not. But the same argument, with equal fairness, can be raised against those who are appointed to judicial office in the civilian society. We are all

assujettissement au droit commun. Il n'est pas nécessaire de faire d'autres remarques de nature historique ici. Le Juge en chef a décrit l'économie de la loi dans la mesure nécessaire pour brosser un tableau de la portée actuelle des dispositions pénales existantes et de l'organisation des tribunaux chargés de l'application du droit militaire.

Comme l'a fait remarquer le Juge en chef, on n'a pas déclaré que la *Loi sur la défense nationale* devait s'appliquer nonobstant les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* et il n'est évidemment pas contesté que c'est une loi du Canada au sens du par. 5(2). Il faut donc garder à l'esprit les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* quand on interprète la *Loi sur la défense nationale*, notamment lorsque, comme en l'espèce, on allègue qu'elle viole un droit garanti par la *Déclaration*.

Je passe au premier point soulevé par les avocats de l'appelant, savoir, que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* suivant lesquelles une cour martiale peut juger les membres des forces armées pour une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*, contreviennent à la *Déclaration canadienne des droits* parce qu'elles privent le militaire de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, comme le prévoit l'al. 2(*f*). Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je ne peux conclure qu'un procès en cour martiale conformément à la *Loi sur la défense nationale*, pour des infractions criminelles qui constituent également des infractions de droit commun, prive l'accusé d'une audition équitable par un tribunal indépendant. Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires

products of our separate backgrounds and we must all in the exercise of the judicial office ensure that no injustice results from that fact. I am unable to say that service officers, trained in the ways of service life and concerned to maintain the required standards of efficiency and discipline—which includes the welfare of their men—are less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them in this task than are others.

Furthermore, the problems and the needs of the armed services, being in many respects special to the military, may well from time to time require the special knowledge possessed by officers of experience who, in this respect, may be better suited for the exercise of judicial duty in military courts than their civilian counterparts. It has been recognized that wide powers of discipline may be safely accorded in professional associations to senior members of such professions. The controlling bodies of most professions such as those of law, medicine, accountancy, engineering, among others, are given this power. I am unable to say that the close identification of such disciplinary bodies with the profession concerned, taken with the seniority enjoyed by such officers within their professional group, has ever been recognized as a disqualifying factor on grounds of bias or otherwise. Rather it seems that the need for special knowledge and experience in professional matters has been recognized as a reason for the creation of disciplinary tribunals within the separate professions. It must also be remembered that while this appeal concerned only the armed services serving in Canada, the position of forces serving abroad not being in issue, it must be recognized that in service abroad the officers must assume the judicial role by reason of the absence of any civil legal processes. The character of the officer for independence and impartiality will surely not vary because he is serving overseas. The practical necessities of the service require the performance of this function by officers of the service and I find no offence to the *Canadian Bill of Rights* in this respect. I would add that there now exists a Court Martial Appeal Court, a professional Court of Appeal with a general appellate jurisdiction over the courts

dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline—ce qui inclut le bien-être de leurs hommes—sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche.

De plus, il se peut bien qu'à l'occasion, les problèmes et besoins des forces armées, qui sont à plusieurs égards particuliers aux militaires, requièrent les connaissances spéciales d'officiers d'expérience qui, à cet égard, peuvent être plus aptes à remplir un rôle judiciaire dans des tribunaux militaires que leurs collègues civils. Il est admis que, dans les associations professionnelles, on peut accorder sans danger de larges pouvoirs disciplinaires aux membres chevronnés. Les organes de surveillance de la plupart des professions, notamment le droit, la médecine, la comptabilité, le génie civil, sont investis de ce pouvoir. Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession. Il faut aussi se rappeler que, même si ce pourvoi ne concerne que les forces armées en poste au Canada, la situation de nos forces à l'étranger n'étant pas en cause, on doit reconnaître que dans ce dernier cas les officiers doivent assurer un rôle judiciaire vu l'absence de mécanismes juridiques de droit commun. Le fait que l'officier est en poste à l'étranger ne modifiera sûrement pas sa réputation d'indépendance et d'impartialité. Les nécessités pratiques de la vie militaire exigent que ce rôle soit rempli par des officiers des forces armées et je n'y vois aucune violation de la *Déclaration canadienne des droits*. J'ajouterai qu'il existe maintenant un Tribunal d'appel des cours martiales, une cour d'appel professionnelle ayant une compétence

martial. This is, in my view, a significant safeguard and its creation is a realistic and practical step toward the provision of that protection which is required in the circumstances. I must conclude that no effect may be given to the first point.

The appellant's second point raises the question of whether the trial of servicemen by court martial under military law for an offence under the criminal law of Canada or as here under the *Narcotic Control Act* deprives the serviceman of equality before the law contrary to the provisions of s. 1(*b*) and s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*.

This Court decided in *Regina v. Drybones*[18] that the *Canadian Bill of Rights* was effective to render inoperative validly enacted federal legislation where such legislation infringed the right of a subject to equality before the law. Judicial construction of the words "equality before the law" found in such cases as *The Queen v. Burnshine*[19]; *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*[20]; and *Bliss v. A.G. Canada*[21] has advanced the proposition that legislation passed by Parliament does not offend against the principle of equality before the law if passed in pursuance of a "valid federal objective". The significance of these words must be examined.

Prior to the passing of the *Canadian Bill of Rights*, Parliament could have passed in the exercise of its power under s. 91(7) of the *British North America Act* without restriction such legislation in respect of the governance and control of the armed forces as it wished. The *Canadian Bill of Rights*, however, has introduced another dimension and federal legislation must now be construed according to its precepts. Certainly the creation and maintenance of the armed forces of the land constitute a valid federal objective within the legislative competence of the federal Parliament. A valid federal objective, however, must mean something more than an objective which simply falls

[18] [1970] S.C.R. 282.
[19] [1975] 1 S.C.R. 693.
[20] [1976] 1 S.C.R. 376.
[21] [1979] 1 S.C.R. 183.

générale d'appel sur les cours martiales. C'est là, à mon avis, une garantie importante, et sa création est un pas réaliste et pratique vers l'assurance de la protection requise dans les circonstances. Il me faut conclure que le premier moyen doit être rejeté.

Le deuxième moyen de l'appelant soulève la question de savoir si le fait que les militaires sont jugés par une cour martiale conformément au droit militaire pour une infraction au droit criminel canadien ou, comme en l'espèce, à la *Loi sur les stupéfiants*, les prive de l'égalité devant la loi en violation de l'al. 1*b*) et de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Dans l'arrêt *La Reine c. Drybones*[18], cette Cour a décidé que la *Déclaration canadienne des droits* rendait inopérante une loi fédérale validement adoptée lorsque celle-ci violait le droit d'un citoyen à l'égalité devant la loi. L'interprétation prétorienne de l'expression «égalité devant la loi» que l'on trouve dans des arrêts comme *La Reine c. Burnshine*[19]; *Prata c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*[20]; et *Bliss c. Le Procureur général du Canada*[21] a avancé la proposition qu'une loi adoptée par le Parlement ne contrevient pas au principe de l'égalité devant la loi si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un «objectif fédéral régulier». Il faut examiner le sens de cette expression.

Avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le Parlement aurait pu, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, adopter sans restriction toute loi relative à l'administration et à la réglementation des forces armées. Cependant, la *Déclaration canadienne des droits* a introduit une autre dimension et il faut maintenant interpréter les lois fédérales conformément à ses préceptes. La création et le maintien des forces armées du pays constituent sans aucun doute un objectif fédéral régulier relevant de la compétence du Parlement fédéral. Un objectif fédéral régulier doit cependant signifier plus qu'un objectif qui relève simplement

[18] [1970] R.C.S. 282.
[19] [1975] 1 R.C.S. 693.
[20] [1976] 1 R.S.C. 376.
[21] [1979] 1 R.C.S. 183.

within the federal legislative competence under the *British North America Act*. Even in the absence of the *Canadian Bill of Rights*, a federal enactment could not be supported constitutionally if it did not embody such an objective. The word "valid" in this context must import a concept of validity not only within the field of constitutional legislative competence but also valid in the sense that it does not offend the *Canadian Bill of Rights*. Our task then is to determine whether in pursuit of an admittedly constitutional federal objective Parliament has, contrary to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, created for those subject to military law a condition of inequality before the law.

It seems to me that it is incontestable that Parliament has the power to legislate in such a way as to affect one group or class in society as distinct from another without any necessary offence to the *Canadian Bill of Rights*. The problem arises however when we attempt to determine an acceptable basis for the definition of such a separate class, and the nature of the special legislation involved. Equality in this context must not be synonymous with mere universality of application. There are many differing circumstances and conditions affecting different groups which will dictate different treatment. The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

There are many such acceptable distinctions recognized in the law. If we are to have safety on the highways, the blind or those with deficient sight must be forbidden to drive. If young people and children are to be protected and their welfare fostered in youth, we have long recognized that special legislative provisions must be made for them imposing restrictions and limitations upon their freedom more stringent than upon adults. In matters of criminology, differences which have

de la compétence législative fédérale en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même en l'absence de la *Déclaration canadienne des droits*, une loi fédérale serait inconstitutionnelle si elle ne visait pas pareil objectif. Le terme «régulier» dans ce contexte doit introduire un concept de validité non seulement dans le champ de compétence législative constitutionnelle mais aussi de validité dans le sens de respect de la *Déclaration canadienne des droits*. Notre tâche consiste donc à déterminer si, dans la poursuite d'un objectif fédéral dont on ne conteste pas la constitutionnalité, le Parlement a, contrairement aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, créé pour les personnes assujetties au droit militaire une situation d'inégalité devant la loi.

Il me paraît incontestable que le Parlement a le pouvoir de légiférer de façon à viser un groupe ou une catégorie de la société plutôt qu'un autre sans nécessairement enfreindre pour autant la *Déclaration canadienne des droits*. Le problème se soulève cependant lorsque l'on tente d'établir un fondement acceptable à la définition de ces catégories distinctes, et la nature de la loi particulière en cause. Dans ce contexte, égalité ne doit pas être synonyme de simple application universelle. Bien des circonstances et conditions différentes touchent des groupes différents ce qui dicte des traitements différents. La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Le droit reconnaît de nombreuses distinctions acceptables de cette sorte. Pour la sécurité sur les routes, il faut interdire aux aveugles ou aux personnes dont la vue est insuffisante de conduire. Pour protéger les adolescents et les enfants et favoriser leur bien-être, il est depuis longtemps reconnu qu'il faut adopter à leur égard des dispositions législatives particulières qui imposent à leur liberté des restrictions et des limites plus sévères que celles imposées aux adultes. En criminologie,

been considered conductive to the welfare of society and to young offenders have been considered permissible (see *Regina v. Burnshine, supra*). There are many such cases where the needs of society and the welfare of its members dictate inequality for the achievement of socially desirable purposes. It would be difficult, if not impossible, to propound an all-embracing test to determine what departures from the general principle of the equal application of law would be acceptable to meet a desirable social purpose without offence to the *Canadian Bill of Rights*. I would be of the opinion, however, that as a minimum it would be necessary to inquire whether any inequality has been created for a valid federal constitutional objective, whether it has been created rationally in the sense that it is not arbitrary or capricious and not based upon any ulterior motive or motives offensive to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective. Inequalities created for such purposes may well be acceptable under the *Canadian Bill of Rights*.

Applying this test, it seems to me that the creation of a body of military law and the tribunals necessary for its administration, involving as a necessary incident thereto different treatment at law for servicemen in certain cases from that afforded to civilians, does not by itself constitute a denial of equality before the law contrary to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*. It is apparent that the creation of military law and its courts was undertaken in pursuit of a constitutional federal objective. It has been done in my view rationally, not arbitrarily or capriciously, and no ulterior motive has been shown which could be construed as an assault upon any of the rights, liberties and freedoms protected by the *Canadian Bill of Rights*. It seems abundantly clear to me that the emergence of a body of military law with its judicial tribunals has been made necessary because of the peculiar problems which face the military in the performance of its varied tasks. In my opinion, the recognition of the military as a class within society in respect of which special

on a décidé que des distinctions considérées comme favorables au bien-être de la société et des jeunes délinquants sont jugées admissibles (voir *La Reine c. Burnshine*, précité). Les cas sont légions où les besoins de la société et le bien-être de ses membres exigent une inégalité pour l'accomplissement d'objectifs socialement souhaitables. Il serait difficile, sinon impossible, d'énoncer un critère exhaustif qui déterminerait quelles dérogations au principe général de l'application égale de la loi seraient acceptables pour satisfaire un objectif social souhaitable sans contrevenir à la *Déclaration canadienne des droits*. Je suis d'avis, cependant, qu'au minimum, il faudrait se demander si l'on a créé l'inégalité en cherchant l'accomplissement d'un ojectif fédéral constitutionnel et régulier, si elle a été créée rationnellement en ce sens qu'elle n'est ni arbitraire ni fantaisiste et ne tire son origine d'aucun motif inavoué ou contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable. Il se peut bien que les inégalités créées à ces fins soient acceptables aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*.

Si l'on applique ce critère, il me semble que la création d'un droit militaire et des tribunaux que requiert son application, ce qui implique nécessairement que, dans certains cas, le traitement juridique des militaires sera différent de celui des civils, ne constitue pas en soi un déni d'égalité devant la loi contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*. Il est clair que la création d'un droit militaire et de tribunaux s'est faite dans le cadre de l'accomplissement d'un objectif fédéral constitutionnel. A mon avis, cela s'est fait rationnellement, sans arbitraire ni caprice, et l'on n'a établi aucun motif inavoué pouvant s'interpréter comme une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la *Déclaration canadienne des droits*. Il me paraît très clair que l'apparition du droit et des tribunaux militaires est la suite logique des problèmes particuliers que rencontrent les militaires dans l'accomplissement de leurs diverses tâches. Il est socialement souhaitable de reconnaître que les militaires forment une catégorie au sein de la société à l'égard de laquelle existent des lois

legislation exists dealing with legal rights and remedies, including special courts and methods of trial, fulfilling as it does a socially desirable objective, does not offend the *Canadian Bill of Rights*.

It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for those needs. The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service. With this concept in mind, I turn to the situation presented in this case.

Section 2 of the *National Defence Act* defines a service offence as "an offence under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline". The Act also provides that such offences will be triable and punishable under military law. If we are to apply the definition of service offence literally, then all prosecutions of servicemen for any offences under any penal statute of Canada could be conducted in military courts. In a country with a well-established judicial system serving all parts of the country in which the prosecution of criminal offences and the constitution of courts of criminal jurisdiction is the responsibility of the provincial governments, I find it impossible to accept the proposition that the legitimate needs of the military extend so far. It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent. It may well be said that the military courts will not, as a matter of practice, seek to extend their jurisdiction over the whole field of criminal law as it affects the members of the armed services. This may well be so, but we are not concerned here with the actual conduct of military courts. Our problem is one of

particulières relatives aux droits et recours, y compris des tribunaux et des procédures particuliers, ce qui, à mon avis, ne contrevient pas à la *Déclaration canadienne des droits*.

Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu'on doit respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l'on ne doit pas déroger au principe de l'égalité devant la loi plus que cela n'est nécessaire. Le principe à respecter est celui de l'intervention la plus minime possible dans les droits d'un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l'efficacité des forces armées. Avec ce concept à l'esprit, je passe maintenant à la situation présente.

L'article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit une infraction militaire comme «une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire». La Loi porte également que ces infractions pourront faire l'objet de poursuites et de sanctions conformément au droit militaire. Si nous appliquons littéralement la définition d'infraction militaire, toutes poursuites contre des militaires pour toute infraction à toute loi pénale canadienne pourraient être menées devant des tribunaux militaires. Dans un pays doté d'un système judiciaire bien établi desservant toutes les régions du pays et où la poursuite des infractions criminelles et la constitution des tribunaux de juridiction criminelle incombent aux gouvernements provinciaux, il m'est impossible d'accepter la thèse que les besoins légitimes des forces armées aillent aussi loin. Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n'est pas nécessaire d'étendre autant la compétence des tribunaux militaires. On peut bien dire qu'en pratique, les tribunaux militaires de chercheront pas à étendu leur compétence au champ entier du droit pénal applicable aux membres des forces armées. C'est peut-être bien le cas, mais nous

defining the limits of their jurisdiction and in my view it would offend against the principle of equality before the law to construe the provisions of the *National Defence Act* so as to give this literal meaning to the definition of a service offence. The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit. The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law, to differing rules of evidence, and to a different and more limited appellate procedure. His right to rely upon the special pleas of "*autrefois convict*" or "*autrefois acquit*" is altered for, while if convicted of an offence in a civil court he may not be tried again for the same offence in a military court, his conviction in a military court does not bar a second prosecution in a civil court. His right to apply for bail is virtually eliminated. While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada.

It is of course evident that there are many matters peculiar to the military which require a special code and special courts. I refer to what I would describe as specifically military offences, such as absence without leave, desertion, insubordination, failure to observe and comply with military regulations regarding care and handling and use of military stores and equipment, failure to obey lawful commands of officers and a host of other matters dealt with in the *National Defence Act* which relate to service matters and concerns and which require special military rules and procedures. These form part of the proper field of military law and military courts. There are, in addition, other offences which, while offences under the civil law, are also, when committed by servicemen in relation to military service, properly to be considered within the scope of the military

n'avons pas à examiner la conduite des tribunaux militaires dans les faits. Notre problème consiste à définir les limites de leur compétence et, à mon avis, ce serait contrevenir au principe de l'égalité devant la loi que d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* de façon à donner ce sens littéral à la définition d'infraction militaire. La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou nécessaire. Le soldat inculpé d'une infraction criminelle est privé du bénéfice d'une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains égards du droit commun, à des règles de preuve différentes et à une procédure d'appel différente et plus restreinte. Son droit d'invoquer les plaidoyers spéciaux d'«autrefois convict» ou d'«autrefois acquit» est modifié car, s'il est déclaré coupable d'une infraction par un tribunal civil, il ne peut être jugé de nouveau pour la même infraction par un tribunal militaire, mais sa déclaration de culpabilité par un tribunal militaire n'empêche pas une deuxième poursuite devant un tribunal civil. Son droit à un cautionnement est à toutes fins pratiques éliminé. Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d'effet universel dans l'application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada.

Certes, il est évident qu'il y a plusieurs questions particulières aux forces armées qui exigent un code particulier et des tribunaux particuliers. Je pense aux infractions que je qualifierais de proprement militaires, comme l'absence sans permission, la désertion, l'insubordination, le non-respect des règlements militaires relatifs au soin et à la manutention du matériel et de l'équipement militaires, le défaut d'obéir aux ordres licites des officiers et de nombreuses autres questions visées par la *Loi sur la défense nationale*, qui sont reliées aux problèmes et préoccupations des forces armées et qui exigent des règles et des procédures militaires particulières. Il s'agit là de questions qui relèvent à bon droit de la compétence du droit militaire et des tribunaux militaires. Il y a en outre des infractions qui, bien qu'elles constituent des infractions de droit commun, doivent également relever des tri-

courts. Theft is a criminal offence punishable in the civil courts but it would, I suggest, be impossible to say that theft by one soldier from another in barracks is not as well an offence which could be categorized as a military offence and come within the purview of military law. The same is true of trafficking or possession of forbidden narcotics in barracks, the same is true of many other matters and the military courts must have power to deal with them in addition to those offences which could be categorized as military offences pure and simple.

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. I do not consider it wise or possible to catalogue the offences which could fall into this category or try to describe them in their precise nature and detail. The question of jurisdiction to deal with such offences would have to be determined on a case-by-case basis. A serviceman charged in a service court who wished to challenge the jurisdiction of the military court on this basis could do so on a preliminary motion. It seems, by way of illustration, that a case of criminal negligence, causing death resulting from the operation of a military vehicle by a serviceman in the course of his duty, would come within the jurisdiction of the court martial, while the same accident, occurring while the serviceman was driving his own vehicle on leave and away from his military base or any other military establishment, would clearly not. It may be observed that, on an admittedly different constitutional basis, this approach has been taken in American courts where a possible conflict of jurisdiction had arisen between the military tribunals and the civil courts.

bunaux militaires lorsqu'elles sont commises par des soldats dans le cadre de leur activité militaire. Le vol est une infraction criminelle punissable par les tribunaux civils, mais, à mon avis, il est impossible de dire que lorsqu'un soldat en vole un autre dans une caserne, on ne peut pas également qualifier cette infraction d'infraction militaire relevant du droit militaire. On peut dire la même chose du trafic ou de la possession de stupéfiants prohibés dans une caserne et de nombreuses autres questions; les tribunaux militaires doivent avoir le pouvoir de les juger en plus des infractions que l'on pourrait qualifier d'infractions militaires pures et simples.

La question se pose donc ainsi: comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n'y sont pas nécessairement reliées. A mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées. Je ne crois pas qu'il soit sage, ni possible, d'énumérer les infractions qui entrent dans cette catégorie ou d'essayer de les décrire en détail. Il faut décider dans chaque cas s'il y a compétence sur ces infractions. Un soldat inculpé devant un tribunal militaire et qui désire en contester la compétence pour ce motif pourra le faire par une requête préliminaire. A titre d'exemple, si par la mise en service d'un véhicule militaire, un soldat dans l'exercice de ses fonctions tue quelqu'un, ce cas de négligence criminelle relèvera de la compétence de la cour martiale, alors que si le même accident se produit quand le soldat conduit son propre véhicule pendant une permission et hors de sa base militaire ou de toute autre installation militaire, il en sera clairement exclu. On peut faire remarquer que, bien que sur un fondement constitutionnel différent, les tribunaux américains ont adopté cette façon de voir dans le cas de conflit de juridiction possible entre les tribunaux militaires et les tribunaux civils.

I would therefore hold that the provisions of the *National Defence Act*, in so far as they confer jurisdiction upon courts martial to try servicemen in Canada for offences which are offences under the penal statutes of Canada for which civilians might also be tried, and where the commission and nature of such offences has no necessary connection with the service, in the sense that their commission does not tend to affect the standards of efficiency and discipline of the service, are inoperative as being contrary to the *Canadian Bill of Rights* in that they create inequality before the law for the serviceman involved.

Turning to the case at bar, I have no difficulty in holding that the offences here under consideration are sufficiently connected with the service to come within the jurisdiction of the military courts. Trafficking and possession of narcotics, in a military establishment, can have no other tendency than to attack the standards of discipline and efficiency of the service and must clearly come within the jurisdiction of the military courts and I would, therefore, dismiss the appeal.

I would add that I limit all of the comments I have made and confine the effect of this judgment to the application of military law and the jurisdiction of military courts to those serving within Canada. I leave open, entirely, any question which may arise in respect of military forces of Canada serving abroad.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. *and* ESTEY J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Wilson, Marshall & Crawford, Victoria.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

Je suis donc d'avis que lorsque les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* confèrent aux cours martiales compétence pour juger des soldats au Canada pour des infractions qui constituent des infractions aux lois pénales canadiennes pour lesquelles des civils pourraient également être poursuivis, et lorsque ni la perpétration ni la nature de ces infractions ne sont nécessairement reliées aux forces armées, en ce sens qu'elles ne tendent pas à influer sur les niveaux d'efficacité et de discipline des forces armées, elles sont inopérantes parce que contraires à la *Déclaration canadienne des droits*, puisqu'elles créent pour le militaire en cause une inégalité devant la loi.

En l'espèce, je n'ai aucune difficulté à conclure que les infractions en cause sont suffisamment reliées à la vie militaire pour relever de la compétence des tribunaux militaires. Le trafic et la possession de stupéfiants, sur une base militaire, ne peuvent avoir d'autre effet que de porter atteinte aux niveaux de discipline et d'efficacité des forces armées et doivent de toute évidence relever de la compétence des tribunaux militaires et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

J'ajouterai que je restreins toutes mes remarques et limite la portée du présent jugement à l'application du droit militaire aux militaires en poste au Canada, et à la compétence des tribunaux militaires à leur égard. Je ne me prononce en aucune façon sur toute question afférente aux forces militaires canadiennes en poste à l'étranger.

Pouvoi rejeté, le juge en chef LASKIN *et le juge* ESTEY *étant dissidents.*

Procureurs de l'appelant: Wilson, Marshall & Crawford, Victoria.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Charlemagne Landry (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Jean Lapointe (*Defendant*) *Respondent*.

1980: October 30; 1980: December 2.

Present: Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Contracts — Commission payable to an agent — Assessment of the evidence by the trial judge — Reasons given orally by the trial judge — Reasons not available in the Court of Appeal but entered in the record of the Supreme Court — Principle of non-intervention by courts of appeal.

The case concerns the sum of $3,500 which appellant ("Landry") claims from respondent ("Lapointe"). From 1955 to 1974, Landry was business manager for Lapointe and Jérôme Lemay, known at that time by the name "Les Jérolas", and was paid on the basis of a percentage of the amount of the advertising contracts which he negotiated for his clients. Since this percentage had always been 20 per cent of his clients' fees, Landry claimed 20 per cent of $35,000 from them for the year 1973-74. Lemay paid his share, but Lapointe alleged that he owed nothing for that year, claiming that Landry was not a party to the contract. The Superior Court judge allowed Landry's action, giving orally the reasons for his judgment. Lapointe brought an appeal, but the transcription of these reasons was not available at the hearing in the Court of Appeal. The judges on the Court of Appeal then proceeded to consider the evidence and, ruling *de novo*, set aside the decision of the trial judge concerning the amount mentioned. However, Landry has since located the observations of the trial judge and included them in the record in this Court. These observations include the following statement: " . . . I consider that in the circumstances the weight of the evidence . . . is favourable to plaintiff and his action is allowed . . .".

Held: The appeal should be allowed.

The reasons of the trial judge now in the record provide this Court with some clarification as to the Superior Court judge's reasoning, which was not available to the Court of Appeal judges. The trial judge, who had the clear advantage of seeing and hearing the witnesses, preferred appellant's version having regard to the documents filed in the record, and notwithstanding them. It may be presumed that, if the Court of Appeal

Charlemagne Landry (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Jean Lapointe (*Défendeur*) *Intimé*.

1980: 30 octobre; 1980: 2 décembre.

Présents: Les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Commission payable à un agent — Appréciation de la preuve par le juge de première instance — Motifs rendus verbalement en première instance — Motifs non disponibles en Cour d'appel mais versés au dossier de la Cour suprême — Principe de non-ingérence des cours d'appel.

Le litige porte sur une somme de $3,500 que l'appelant («Landry») réclame de l'intimé («Lapointe»). De 1955 à 1974, Landry était gérant d'affaires de Lapointe et de Jérôme Lemay, connus alors sous le nom «Les Jérolas», et était rémunéré selon un pourcentage du montant des contrats de publicité qu'il négociait pour ses clients. Ce pourcentage ayant toujours été de 20 pour cent des honoraires de ses clients, Landry leur a réclamé 20 pour cent de $35,000 pour l'année 1973-74. Lemay a payé sa part mais Lapointe a prétendu ne rien devoir pour cette année-là, alléguant que Landry n'était pas partie au contrat. Le juge de la Cour supérieure a maintenu l'action de Landry donnant verbalement séance tenante les motifs de son jugement. Lapointe interjeta appel mais lors de l'audition en Cour d'appel la transcription de ces motifs n'étaient pas disponibles. Les juges de la Cour d'appel procédèrent alors à l'examen de la preuve et, statuant *de novo*, infirmèrent le jugement de première instance pour le montant mentionné. Landry a cependant retracé depuis les propos du juge de première instance et il les a inclus dans le dossier devant cette Cour. Le juge y déclare, entre autres: « . . . dans les circonstances je crois que la prépondérance de la preuve . . . est favorable au demandeur et son action est maintenue. . .».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les motifs du juge de première instance maintenant au dossier fournissent à cette Cour un éclairage quant au raisonnement du juge de la Cour supérieure dont ne bénéficiaient pas les juges de la Cour d'appel. C'est en regard des documents produits au dossier et nonobstant ceux-ci que le juge de première instance, qui a eu l'insigne avantage de voir et entendre les témoins, a préféré la version de l'appelant. Il est permis de croire

judges had had the benefit of reading the observations of the Superior Court judge, they would have refused to intervene and substitute their opinion for his, despite the fact that they might not have concurred in his opinion. Be that as it may, once the judge's oral reasons are part of the record, the situation becomes such that substitution by the Court of Appeal of its opinion for that of the trial judge is an unwarranted intrusion in an area which the Courts have always held as being exclusive to the trial judge.

Latour v. Grenier, [1945] S.C.R. 749; *Maze v. Empson*, [1964] S.C.R. 576; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Gagnon v. Gauthier*, [1958] Que. Q.B. 401; *Globe et al. v. Vézina*, [1970] C.A. 121; *Hood v. Hood*, [1972] S.C.R. 244, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec setting aside a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Charlemagne Landry, for himself.

Jean Crépeau, Q.C., and *Victoria A. Percival*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal is from a majority decision of the Court of Appeal of Quebec, which allowed the appeal of respondent Jean Lapointe from a judgment of the Superior Court of Quebec, ordering him to pay appellant Charlemagne Landry the sum of $5,100 with interest and costs. Allowing the appeal, the Court of Appeal of Quebec reduced the amount payable by Jean Lapointe to Charlemagne Landry to $1,600. Appellant is asking this Court to restore the trial judge's decision.

Mr. Landry was for several years, from 1955 to 1974, business manager for Jean Lapointe and Jérôme Lemay, two performers well known to Quebecers at that time as "Les Jérolas". His remuneration for services rendered was based on a percentage of the amount of the contracts which he negotiated for his clients. With respect to advertising contracts, it is admitted by the parties that this percentage was always—except for the period 1973-74, which is the matter at issue—20 per cent of the amount of their fees.

que, si les juges de la Cour d'appel avaient pu prendre connaissance des propos du juge de la Cour supérieure, ils auraient refusé d'intervenir pour substituer leur opinion à la sienne, et ce quand bien même n'eussent-ils point partagé son avis. Quoi qu'il en soit, une fois versées au dossier les remarques du juge, la situation devient telle que la substitution par la Cour d'appel de son opinion à celle du juge du procès est une ingérence par celle-ci dans un domaine que la jurisprudence a toujours réservé au juge de première instance.

Jurisprudence: *Latour c. Grenier*, [1945] R.C.S. 749; *Maze c. Empson*, [1964] R.C.S. 576; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Gagnon c. Gauthier*, [1958] B.R. 401; *Globe et al. c. Vézina*, [1970] C.A. 121; *Hood c. Hood*, [1972] R.C.S. 244.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Charlemagne Landry, en personne.

Jean Crépeau, c.r., et *Victoria A. Percival*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi est à l'encontre d'un arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec qui accueillait l'appel de l'intimé, Jean Lapointe, contre le jugement de la Cour supérieure du Québec le condamnant à payer à l'appelant, Charlemagne Landry, la somme de $5,100 avec intérêts et dépens. En accueillant le pourvoi la Cour d'appel du Québec réduisait à $1,600 le montant qu'avait à payer Jean Lapointe à Charlemagne Landry. L'appelant nous demande de rétablir la décision du premier juge.

M. Landry a été pendant plusieurs années, soit depuis 1955 jusqu'à 1974, gérant d'affaires de Jean Lapointe et de Jérôme Lemay, deux artistes mieux connus des québécois comme étant à l'époque «Les Jérolas». Sa rémunération pour services rendus était établie à partir d'un pourcentage du montant des contrats qu'il négociait pour ses clients. En ce qui a trait aux contrats de publicité, il est admis par les parties que ce pourcentage était toujours, sauf pour la période 1973-74, précisément l'objet de ce litige, de 20 pour cent du montant de leurs honoraires.

In the Superior Court, Lapointe alleged that he owed Landry nothing for 1973-74, and his reasons are summarized by Lajoie J.A. of the Court of Appeal of Quebec as follows (J.R. p. 103):

[TRANSLATION] Lapointe denies owing the sum of $3,500.00 claimed, that is 20 per cent of the fee payable to Lapointe under this contract Exhibit D-2, because Landry was not a party to this contract in 1973-74, contrary to the position in the other years, as he had agreed not to be a party when he refused to sign a contract, prepared by the agency, providing for a commission payable to Landry in which the fee offered was lower than that of the preceding year. Lapointe would only have agreed to sign contract D-2 if Landry was not to receive any commission from him.

Landry denied Lapointe's allegations, and maintained that the agreement was always that he would receive 20 per cent of the amount obtained, that is for 1973-74, 20 per cent of $35,000, namely the sum of $3,500 from each of his two clients. Lemay is not a party to the case, since he paid Landry; he was called as a witness and corroborated Landry's version.

The difference between the amount of $3,500 and the amount of the trial judgment, namely $5,100, represents other commissions which Lapointe owed Landry, debts which were indeed admitted by him, and this explains why the Court of Appeal allowed the action in part. Having regard to the particular judicial circumstances of this case, I do not think it is worthwhile or advisable to pursue the description of the facts any further or to make any more lengthy analysis of them.

As a result of unfortunate circumstances for which neither counsel nor the Court of Appeal can be held responsible, the reasons given orally at the hearing by the Superior Court judge in support of his judgment were not available at the hearing in the Court of Appeal. The formal judgment, reproduced in the Joint Record in the Court of Appeal, followed the usual wording (J.R. p. 96):

[TRANSLATION] THE COURT, having heard the evidence on the merits, examined the record, the pleading and the exhibits, for the reasons given orally at the hearing renders judgment forthwith as follows:

Lapointe a prétendu en Cour supérieure ne rien devoir à Landry pour l'année 1973-74 et ses raisons sont résumées par le juge Lajoie de la Cour d'appel du Québec comme suit (d.c. p. 103):

Lapointe nie devoir la somme de $3,500.00 réclamée, soit 20 pour cent du cachet payable à Lapointe en vertu de ce contrat pièce D-2, parce que Landry n'était pas partie à ce contrat pour l'année 1973-1974 contrairement à ce qui était les autres années, ayant accepté de ne pas l'être parce que Lapointe refusait de signer un contrat, préparé par l'agence, prévoyant une commission payable à Landry, le cachet offert étant inférieur à celui de l'année précédente. Lapointe n'aurait consenti à signer le contrat D-2 que si Landry ne devait pas recevoir de commission de lui.

Landry nie les prétentions de Lapointe et maintient que l'entente était toujours à l'effet qu'il devait recevoir 20 pour cent du montant obtenu, c'est-à-dire pour 1973-1974, 20 pour cent de $35,000, soit la somme de $3,500 de chacun de ses deux clients. Lemay n'est pas partie au litige puisqu'il a payé Landry; aussi, entendu comme témoin, il corrobore Landry.

La différence entre le montant de $3,500 et le montant du jugement de première instance, soit $5,100, représente d'autres commissions que Lapointe devait à Landry et qu'il a d'ailleurs reconnu lui devoir, ce qui explique le maintien par la Court d'appel de l'action pour partie. Eu égard aux circonstances judiciaires propres à l'espèce je ne crois pas utile ni opportun de poursuivre plus avant la narration des faits ni d'en faire une analyse plus poussée.

Dû à des circonstances malheureuses dont on ne peut sûrement pas imputer la responsabilité aux plaideurs ni non plus d'ailleurs à la Cour d'appel, les raisons que donnait verbalement séance tenante le juge de la Cour supérieure à l'appui de son jugement n'étaient pas disponibles lors de l'audition en Cour d'appel. Quant au dispositif formel reproduit au dossier conjoint en Cour d'appel, il s'agissait de la formule habituelle qui suit (d.c. p. 96):

«LE TRIBUNAL, ayant entendu la preuve au mérite, examiné le dossier, les procédures et les pièces, pour les raisons exposées verbalement à l'audience rend jugement séance tenante comme suit:

The action of plaintiff is allowed in the amount of five thousand one hundred dollars ($5,100) with interest and costs.

In the Court of Appeal Lajoie J.A., in an opinion concurred in by Bélanger J.A., indicated his awareness of the situation. Thus, he observed [TRANSLATION] "The judgment was rendered forthwith, immediately after conclusion of the hearing, 'for the reasons given orally at the hearing', but not reproduced in the record."

Subsequently in his opinion Lajoie J.A. observed:

[TRANSLATION] " . . . The Superior Court judge does not indicate in his judgment the reasons that led him to conclude as he did, nor whether he preferred the testimony given by Landry and Lemay to that of Lapointe, nor if so, why. We also do not know whether he considered all the contracts filed, or omitted to do so. It is necessary for this Court to review the entire record, weigh the evidence and arrive at its conclusion.

Judging merely from the testimony itself, I see no reason for preferring one version rather than another." (J.R. p. 105)

Having said this, the appellate judges then proceeded to consider the evidence and rule *de novo* as aforementioned. To conclude in favour of Lapointe, Lajoie J.A. of the Court of Appeal examined the terms of some of the contracts concluded earlier between "Les Jérolas" and the advertising firm Cockfield, Brown & Company Limited, as well as the contract for 1974-75, and found in them corroboration of his testimony, [TRANSLATION] "which to my mind" he observed, "makes it more credible, more likely and probable than that of Landry". (J.R. p. 107)

The appellant in this Court, Mr. Landry, being more industrious than the appellant in the Court of Appeal, has since located the observations of the judge and included them in the record in this Court. In giving his judgment the judge had said the following (J.R. p. 97):

[TRANSLATION] It is not denied that Mr. Landry was authorized to continue negotiating; it was established by Mr. Landry . . .?—by Mr. Lemay, and Mr. Landry in fact continued the negotiations and obtained five thousand ($5,000) more. Accordingly, I do not see why there

L'action du Demandeur est maintenue pour la somme de cinq mille cent dollars ($5,100.00) avec intérêts et dépens.»

En Cour d'appel, M. le juge Lajoie, dans une opinion partagée par M. le juge Bélanger, nous laisse savoir qu'il est au fait de la situation. En effet, «Le jugement» nous dit-il, «est rendu séance tenante, dès après la clôture de l'enquête et audition, «pour les raisons exposées verbalement à l'audience» mais que le dossier ne reproduit pas.»

Plus loin dans son opinion le juge Lajoie dira:

«. . . Le juge de la Cour supérieure ne nous indique pas dans son jugement quels sont les motifs qui l'ont amené à conclure comme il l'a fait, ni s'il a préféré la preuve testimoniale de Landry et Lemay à celle de Lapointe ni, si ce fut le cas, pourquoi. Nous ne savons pas non plus s'il a considéré tous les contrats produits ou s'il a omis de le faire. Il nous faut reprendre l'étude de tout le dossier, apprécier la preuve et conclure de celle-ci.

Si l'on ne se réfère qu'aux témoignages eux-mêmes, je ne vois pas de raisons qui permettent de retenir une version plutôt que l'autre.» (d.c. p. 105)

Ceci dit, les juges d'appel procédaient ensuite à l'examen de la preuve et statuaient *de novo* avec le résultat que l'on connaît. Pour donner gain de cause à Lapointe, le juge Lajoie de la Cour d'appel, en examinant les modalités de certains contrats intervenus antérieurement entre «Les Jérolas» et la maison de publicité Cockfield, Brown & Company Limited ainsi que le contrat pour l'année 1974-1975, y trouvait une corroboration de son témoignage «qui dans mon esprit», dit-il, «le rend plus croyable, plus vraisemblable et probable que celui de Landry». (d.c. p. 107)

Plus industrieux que l'appelant en Cour d'appel, le nôtre, M. Landry, a depuis retracé les propos du juge et les a inclus au dossier devant cette Cour. En prononçant son jugement le juge s'était exprimé comme suit (d.c. p. 97):

«Il n'est pas nié que monsieur Landry a eu le mandat de continuer à négocier, il est prouvé par monsieur Landry . . .? par monsieur Lemay et effectivement monsieur Landry a continué les négociations et a obtenu cinq mille ($5,000.00) de plus. Alors je ne vois pas pourquoi

continues to be any objection to paying. If the idea is that the weight of evidence must establish that forty thousand dollars ($40,000) was due, otherwise commission would not be paid, this is the defence argument, but it is one person's word against two witnesses who are also as worthy of belief. Accordingly, I consider that in the circumstances the weight of the evidence, I repeat, is favourable to plaintiff and his action is allowed with costs. *

on continuerait à s'objecter à payer. Si on voulait prouver qu'il fallait avoir une prépondérance de preuve pour prouver qu'il fallait quarante mille dollars ($40,000.00) autrement on payait pas de commission. Ça c'est la thèse de la défense mais il est seul à le dire contre deux témoins qui sont aussi dignes de foi que lui. Alors dans les circonstances je crois que la prépondérance de la preuve, je le répète, est favorable au demandeur et son action est maintenue avec dépens. *

These observations provide some clarification as to the judge's reasoning, which was not available to our brethren on the Court of Appeal. Thus, it appears that the Superior Court judge concluded that in 1973 Mr. Landry was authorized to enter into negotiations, as he had been since 1955; that taking into consideration the testimony of Lapointe, Landry and Lemay, he concluded that the weight of the evidence was that the parties had not, as Lapointe alleged, departed from the terms of the contract which had governed their business relations for nearly twenty years, and that Landry should be remunerated in accordance with the provisions of that contract, namely that he should receive 20 per cent of the amount obtained. It cannot be assumed that the judge was unaware of the existence of the documents on which a majority of the Court of Appeal relied in arriving at the opposite conclusion. An examination of the record indicates that during the hearing the judge took cognizance of them. The fact that the trial judge did not in any way specifically allude to them in his remarks, and limited himself to mentioning only the authority to negotiate, would suggest just as well if not more so that he was of the opinion, as was Owen J.A. of the Court of Appeal, that the contract which governed their business relationship was that which had existed between them for nearly twenty years, and that he considered to be of little relevance, and in any case inconclusive, variations from one year to the next existing between some of the contracts with Cockfield, Brown & Company Limited. In short, the trial judge, who had the clear advantage of seeing and hearing the witnesses, preferred appellant's version having

Ces propos nous fournissent un éclairage quant au raisonnement du juge dont ne bénéficiaient point nos collègues de la Cour d'appel. En effet, il appert que le juge de la Cour supérieure a conclu qu'en 1973 M. Landry avait, comme il l'avait toujours eu depuis 1955, le mandat de négocier; que, compte tenu des témoignages de Lapointe, Landry et Lemay, il concluait à l'existence d'une prépondérance de preuve à l'effet que les parties n'avaient point, comme l'a prétendu Lapointe, dérogé aux conditions du contrat qui gouvernait leurs relations d'affaires depuis près de vingt ans et que Landry devait être rémunéré conformément à ce que prévoyait ce contrat, en l'espèce recevoir 20 pour cent du montant obtenu. On ne peut présumer que le juge a ignoré l'existence des documents sur lesquels se fonde la majorité de la Cour d'appel pour conclure dans le sens contraire. Un examen du dossier révèle qu'au cours du procès le juge en avait pris connaissance. Le fait que le juge de première instance n'y ait point fait spécifiquement allusion dans ses remarques et se soit limité à ne mentionner que le mandat de négocier indiquerait tout autant sinon davantage qu'il était d'avis, tout comme le fut d'ailleurs M. le juge Owen de la Cour d'appel, que le contrat qui gouvernait leurs relations d'affaires était celui qui existait entre eux depuis près de vingt ans et qu'il considérait peu pertinentes et de toute façon peu concluantes les variations d'une année à l'autre que l'on retrouve entre certains des contrats avec la maison Cockfield, Brown & Company Limited. En somme, c'est en regard des documents produits au dossier et nonobstant ceux-ci que le juge de première instance, qui a eu l'insigne avantage de voir et

* It is not clear who was responsible for punctuation, or if it really expressed the judge's inflections; it was clearly not his own, as he rendered his judgment orally.

* On ne sait de qui est la ponctuation, ni encore si elle rend bien les intonations du juge; elle n'est sûrement pas de celui-ci qui prononçait son jugement verbalement.

regard to the documents filed in the record, and notwithstanding them.

It may be presumptuous of me, but I feel that, if the Court of Appeal judges had had the benefit of reading the observations of the Superior Court judge, they would have refused to intervene and substitute their opinion for his, despite the fact that they might not have concurred in his opinion. Be that as it may, once the judge's oral reasons are part of the record, the situation becomes such that substitution by the Court of Appeal of its opinion for that of the trial judge is an unwarranted intrusion in an area which the Courts have always held as being exclusive to the trial judge. (See *inter alia*, *Latour v. Grenier*[1], at p. 761; *Maze v. Empson*[2]; *Dorval v. Bouvier*[3]; *Métivier v. Cadorette*[4]; *Gagnon v. Gauthier*[5]; *Globe et al. v. Vézina*[6]. See also the observations of Laskin J., then a puisne judge of this Court, in *Hood v. Hood*[7], at pp. 251-54.)

For these reasons, I would allow this appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court of Quebec, with costs against respondent throughout.

Appeal allowed with cost.

Solicitor for the appellant: Charlemagne Landry, Ville d'Anjou, Qué.

Solicitors for the respondent: de Grandpré, Colas, Deschênes, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montréal.

[1] [1945] S.C.R. 749.
[2] [1964] S.C.R. 576.
[3] [1968] S.C.R. 288.
[4] [1977] 1 S.C.R. 371.
[5] [1958] Que. Q.B. 401.
[6] [1970] C.A. 121.
[7] [1972] S.C.R. 244.

entendre les témoins, a préféré la version de l'appelant.

C'est peut-être présomptueux de ma part, mais je crois que, si les juges de la Cour d'appel avaient pu prendre connaissance des propos du juge de la Cour supérieure, ils auraient refusé d'intervenir pour substituer leur opinion à la sienne, et ce quand bien même n'eussent-ils point partagé son avis. Quoi qu'il en soit, une fois versées au dossier les remarques du juge, la situation devient telle que la substitution par la Cour d'appel de son opinion à celle du juge du procès est une ingérence par celle-ci dans un domaine que la jurisprudence a de toujours réservé au juge de première instance (Voir entre autres *Latour c. Grenier*[1], à la p. 761; *Maze c. Empson*[2]; *Dorval c. Bouvier*[3]; *Métivier c. Cadorette*[4]; *Gagnon c. Gauthier*[5]; *Globe et al. c. Vézina*[6]. Voir aussi les propos de M. le juge Laskin, qui était à l'époque juge puîné à cette Cour, dans *Hood c. Hood*[7], aux pp. 251-54.)

Pour ces raisons je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure du Québec, avec dépens contre l'intimé dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Charlemagne Landry, Ville d'Anjou, Qué.

Procureurs de l'intimé: de Grandpré, Colas, Deschênes, Godin, Paquette, Lasnier & Alary, Montréal.

[1] [1945] R.C.S. 749.
[2] [1964] R.C.S. 576.
[3] [1968] R.C.S. 288.
[4] [1977] 1 R.C.S. 371.
[5] [1958] B.R. 401.
[6] [1970] C.A. 121.
[7] [1972] R.C.S. 244.

Robert Clark Barratt (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

The Corporation of the District of North Vancouver (*Defendant*) *Respondent*.

1980: March 19; 1980: October 7.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Negligence — Highways — Municipal corporation — Appellant injured when thrown by bicycle as its front wheel fell into pothole in thoroughfare under municipality's jurisdiction — Municipality authorized to maintain road but under no statutory obligation to do so — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 513(2).

The appellant was injured in October 1973, when he was thrown from his bicycle as its front wheel fell into an unmarked, rain-filled pothole on a heavily travelled thoroughfare within the respondent municipality. The road, which had not been resurfaced since 1960 when the municipality assumed responsibility for it, was being reconstructed at the time but construction in the particular block in which the accident occurred had not yet started. The municipality's well-organized system of road inspection called for an inspection of all roads every fortnight. The pothole, which had been formed by the normal wear and tear of traffic, did not exist when the street had been inspected one week before the accident.

At trial, the municipality was held to be under a duty to institute a more or less constant inspection and to make provision for the prompt repair of potholes before they became dangerous. The Court of Appeal allowed the municipality's appeal and held that the determination of the frequency at which inspections should be made was a matter of policy to be decided by the municipality in its discretion. Although both nuisance and negligence were alleged at trial, only the question of negligence was in issue in this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Under subs. 513(2) of the *Municipal Act*, the municipality had authority to lay out, maintain and improve highways, but was under no duty to maintain its highways. The method of exercising its power to maintain the road was a matter of policy to be determined by the municipality itself and the municipality could not be

Robert Clark Barratt (*Demandeur*) *Appelant*;

et

The Corporation of the District of North Vancouver (*Défenderesse*) *Intimée*.

1980: 19 mars; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Responsabilité — Voies publiques — Municipalité — Appelant blessé en tombant de sa bicyclette dont la roue avant s'est coïncée dans un nid-de-poule sur une rue relevant de la juridiction municipale — Municipalité autorisée à entretenir la rue mais sans obligation légale de le faire — Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 513(2).

L'appelant s'est blessé en octobre 1973 en tombant de sa bicyclette dont la roue avant s'était coïncée dans un nid-de-poule, rempli d'eau de pluie et non signalé sur une rue très passante de la municipalité intimée. La rue, qui n'avait pas été refaite depuis 1960, époque à laquelle la Municipalité en a assumé la responsabilité, était en réfection, mais les travaux n'avaient pas encore commencé dans la portion où l'accident a eu lieu. Le système bien organisé d'inspection des rues de la Municipalité prévoyait l'inspection de toutes les rues tous les quinze jours. Le nid-de-poule, qui est dû à l'usure normale causée par la circulation, n'y était pas lors de l'inspection de la rue la semaine précédente.

En première instance, on a conclu qu'il incombait à la Municipalité d'organiser une inspection plus ou moins constante et de prendre des mesures pour que les nids-de-poule soient réparés rapidement avant qu'ils ne deviennent dangereux. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la Municipalité et a conclu que la détermination de la fréquence des inspections est une question de politique qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Municipalité. Même si en première instance, on a invoqué la négligence et l'acte dommageable, seule la question de la négligence est en litige devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Aux termes du par. 513(2) de la *Municipal Act*, la Municipalité avait le pouvoir de tracer, d'entretenir et d'améliorer les rues. La méthode que la Municipalité a choisi pour exercer ce pouvoir d'entretenir la rue est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer et on ne peut juger que la Municipalité a été négligente

held to be negligent because it formulated one policy of operation rather than another. If, however, its servants had acted negligently in the implementation of its policy, causing damage, liability could have arisen. The municipality was under no duty to institute a system of continuous inspection and immediate repair to ensure that no possible damage could occur from the existence of a pothole and, in the absence of such a system, was not liable if damage did occur. As no negligence was shown in the actual performance of the municipality's planning or policy, the appellant's claim failed.

Anns v. London Borough of Merton, [1977] 2 All E.R. 492; *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, rev'd [1941] A.C. 74, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], allowing an appeal from a judgment of Aikins J. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., for the plaintiff, appellant.

George S. Cumming, Q.C., and *Brian Joyce*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant was injured on October 11, 1973, when he was thrown from his bicycle as its front wheel fell into an unmarked pothole on Marine Drive, a road within the respondent municipality ("the Municipality"). At trial, the appellant alleged both negligence and nuisance, however, only the question of negligence is in issue in this Court. The appellant succeeded at trial. The trial judgment was reversed by the Court of Appeal.

The circumstances surrounding the appellant's accident were related by the trial judge as follows:

Marine Drive is a heavily travelled thoroughfare in North Vancouver. It runs generally east and west. At and near the point where the plaintiff fell, the Drive is level. At about 11:45 am., on the 11th October, 1973, the plaintiff was riding his bicycle in a westerly direction on Marine Drive. He passed through the intersection of Pemberton and Marine and then entered the 1200 block.

[1] (1979), 89 D.L.R. (3d) 473; (1978), 6 B.C.L.R. 319.

parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée. La Municipalité n'était pas tenue d'instituer un système d'inspection continue et de réparation immédiate pour assurer la prévention de tout dommage possible dû à l'existence de nids-de-poule et, en l'absence de pareil système, elle n'est pas responsable des dommages éventuels. En l'absence de négligence dans la mise en œuvre de la politique ou de la planification de la Municipalité, la réclamation de l'appelant doit échouer.

Jurisprudence: *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*, [1940] 1 K.B. 319, inf. [1941] A.C. 74.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a accueilli l'appel interjeté du jugement du juge Aikins. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, c.r., pour le demandeur, appelant.

George S. Cumming, c.r., et *Brian Joyce*, pour la défenderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant s'est blessé le 11 octobre 1973 en tombant de sa bicyclette dont la roue avant s'était coincée dans un nid-de-poule non signalé sur Marine Drive, une rue située dans les limites de la municipalité intimée («la Municipalité»). En première instance, l'appelant a invoqué la négligence et l'acte dommageable; toutefois, seule la question de la négligence est en litige devant cette Cour. L'appelant a eu gain de cause en première instance. La Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Le juge de première instance a relaté comme suit les circonstances de l'accident de l'appelant:

[TRADUCTION] Marine Drive est une avenue très passante de North Vancouver. Elle suit principalement l'axe est ouest. A l'endroit et près de l'endroit où l'appelant est tombé, l'avenue est plate. Vers 11h45, le 11 octobre 1973, le demandeur roulait à bicyclette en direction ouest sur Marine Drive. Il a traversé l'intersection des rues Pemberton et Marine et s'est alors engagé dans

[1] (1979), 89 D.L.R. (3d) 473; (1978), 6 B.C.L.R. 319.

The pothole into which the plaintiff rode his bicycle was about forty feet to the west of the north-west corner of the intersection through which the plaintiff had ridden. The pothole was in the travelled portion of the roadway used by vehicular traffic. It was a foot or so to the south of the north side of the travelled part of the roadway.

It was a dull day and had been raining. The road surface in the general area where the plaintiff fell was in poor condition. There were many undulations made by minor depressions in the road surface which at the time were filled with water. The pothole was oval in shape and it was a little longer than its width; it was 18 to 20 inches wide and about 12 inches deep. The long axis of the pothole ran in the same direction as the roadway.... At the time the plaintiff rode into the pothole it was filled with dirty water.

I am satisfied that the pothole, filled as it was with dirty water, was indistinguishable from many other puddles in shallow depressions and undulations of the surface of the roadway, which were clearly visible as the plaintiff rode along but did not present any danger.

Marine Drive was at one time classified as a main or arterial highway. As such, construction and maintenance were the responsibility of the provincial Department of Highways. The Department of Highways resurfaced Marine Drive in 1960. In 1961, Marine Drive was declassified as a main highway and as a result the Municipality assumed the same responsibility for it as it had for other streets in the Municipality. The 1200 block of Marine Drive, where the pothole was located, had not been resurfaced since 1960.

The trial judge found that the pothole which caused the appellant's accident was the product of the ordinary wear and tear of traffic. He held that it did not come into being because of any negligence on the part of the Municipality. These findings are not contested by the appellant.

At the time the appellant was injured, the Municipality had a project under way for the reconstruction of Marine Drive. An eleven block stretch of the street, which included the 1200 block, was marked with construction signs at both ends. The reconstruction project included work with storm sewers, reinstallation of some water mains, instal-

le secteur des numéros civiques 1200. Le nid-de-poule qui a causé la chute du demandeur se trouvait à environ quarante pieds à l'ouest du coin nord-ouest de l'intersection qu'il venait de traverser. Le nid-de-poule se trouvait sur la partie de la chaussée utilisée par les véhicules, à environ un pied au sud du côté nord de cette partie.

Il faisait gris et il avait plu. La chaussée dans le secteur où le demandeur est tombé était en mauvais état. Il y avait beaucoup d'ondulations causées par des dépressions mineures de la chaussée qui étaient à ce moment remplies d'eau. Le nid-de-poule était de forme ovale, un peu plus long que large; il avait de dix-huit à vingt pouces de largeur et environ douze pouces de profondeur. L'axe longitudinal du nid-de-poule était dans le même sens que la rue ... Lorsque le demandeur a roulé dans le nid-de-poule, celui-ci était rempli d'eau sale.

Je suis convaincu que le nid-de-poule, ainsi rempli d'eau sale, ne se distinguait pas des autres flaques d'eau formées dans les dépressions peu profondes et les ondulations de la surface de la chaussée, que le demandeur pouvait nettement voir de sa bicyclette mais qui ne présentaient aucun danger.

Marine Drive avait été classée à une certaine époque dans la catégorie des voies ou artères principales. Comme telle, le ministère provincial de la Voirie était responsable de sa construction et de son entretien. Le ministère de la Voirie a refait l'asphalte de Marine Drive en 1960. En 1961, on a retiré Marine Drive de la catégorie des voies principales et la Municipalité a donc assumé pour cette rue la même responsabilité que pour les autres rues de son territoire. L'asphalte du secteur des numéros 1200 de Marine Drive où se trouvait le nid-de-poule, n'avait pas été refait depuis 1960.

Le juge de première instance a conclu que le nid-de-poule qui a provoqué l'accident de l'appelant était le résultat de l'usure normale causée par la circulation. Il a jugé qu'il ne résultait pas de la négligence de la Municipalité. L'appelant ne conteste pas ces conclusions.

Au moment où l'appelant a été blessé, la Municipalité avait entrepris la réfection de Marine Drive. Des panneaux de signalisation de travaux avaient été installés à chaque extrémité d'une zone longue de onze pâtés de maisons, qui comprenait le secteur des numéros 1200. Les travaux prévus comprenaient la réfection des égouts pluviaux, la

lation of street lighting, construction of sidewalks and resurfacing the roadway itself. Work had been done both to the east and to the west of the 1200 block but no construction had yet been done in that block itself.

The 1200 block of Marine Drive was, at the time of the accident, in a poor state of repair. Mr. Harry Whitmore, the Municipality's maintenance co-ordinator, testified that the whole of Marine Drive from MacKay Street to Capilano Road was badly in need of resurfacing. He said that potholes were forming all the time in that part of Marine Drive. Mr. Whitmore acknowledged that a pothole filled with water could be very dangerous and said that, if it had been known that there was a pothole such as the one in issue here, a warning sign would have been put up. The evidence establishes that the Municipality did not know of the existence of the particular pothole which gave rise to this case.

The Municipality had a well-organized system of road inspection. Two highway inspectors were employed and the Municipality was divided, for inspection purposes, into two districts. It was the duty of the inspectors to travel all the roads in their assigned district once in each two week period. On some roads the Municipality tried to inspect more frequently than once every two weeks. The evidence does not show that Marine Drive was one of those roads. It was the duty of the inspectors to look for any defects in road surfaces, or damage of any kind. The inspectors, on finding damage, could either report the damage by way of requisition to have the repair work done or, in the case of a pothole, they could fix it themselves with material they carried.

The area of Marine Drive in question in this appeal was inspected on October 4, 1973, one week before the appellant suffered his injuries. The appellant does not suggest that this inspection was made improperly or negligently.

Under the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, a municipality has power to maintain and

réinstallation de certaines conduites d'eau principales, l'installation de l'éclairage de rues, la construction de trottoirs et l'asphaltage de la chaussée elle-même. Des travaux avaient été effectués à l'est et à l'ouest du secteur des numéros 1200, mais ils n'avaient pas encore commencé à cet endroit là.

Au moment de l'accident, la chaussée de ce tronçon de Marine Drive était en mauvais état. M. Harry Whitmore, le coordonnateur de l'entretien de la Municipalité, a témoigné que tout Marine Drive, de la rue MacKay jusqu'au chemin Capilano, avait vraiment besoin d'un nouvel asphaltage. Il a dit que des nids-de-poule se formaient continuellement sur ce tronçon de Marine Drive. M. Whitmore a admis qu'un nid-de-poule rempli d'eau pouvait être très dangereux et que, si l'on s'était rendu compte de l'existence d'un nid-de-poule comme celui en cause, un panneau avertisseur aurait été installé. La preuve établit que la municipalité ignorait l'existence du nid-de-poule qui est à l'origine de la présente affaire.

La Municipalité avait un système bien organisé d'inspection des rues. Elle employait deux inspecteurs en voirie et son territoire était divisé en deux districts aux fins d'inspection. Les inspecteurs devaient circuler une fois toutes les deux semaines sur toutes les rues du district qui leur était assigné. La Municipalité essayait de faire inspecter certaines rues plus fréquemment encore. La preuve ne démontre pas que Marine Drive en faisait partie. Il incombait aux inspecteurs de détecter les défectuosités de la chaussée ou toute autre détérioration. S'ils découvraient des détériorations, les inspecteurs pouvaient soit les signaler par le biais d'une demande de travaux, soit, dans le cas d'un nid-de-poule, le réparer eux-mêmes avec le matériel qu'ils transportaient.

Le tronçon de Marine Drive dont il est question dans ce pourvoi avait été inspecté le 4 octobre 1973, une semaine avant que l'appelant subisse ses blessures. L'appelant ne prétend pas que cette vérification a été faite incorrectement ou négligemment.

Aux termes de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, une municipalité a le pouvoir

repair highways but no duty to do so. The relevant provisions of the *Municipal Act* are reproduced below:

513. ...

(2) The Council may

(*a*) lay out, construct, maintain, and improve highways or any portion thereof;

. . .

(*d*) clean, oil, and water highways, and provide lighting for highways, and do such other things as are necessary for the safe use and preservation of highways;

(*e*) authorize the Engineer or other official at his discretion to temporarily close a highway or part thereof to traffic, or to control traffic, during the time work is in progress.

The particulars of negligence alleged in the statement of claim are as follows:

(a) allowing an excavation to remain while carrying out improvement or repairs to the said highway such that if it rained the excavation would be concealed and constitute a danger to persons lawfully using the said highway and might reasonably be expected to cause serious injury if not filled in or baracaded [*sic*] to prevent the passage of bicycles, motor vehicles and pedestrians.

(b) leaving an excavation unguarded and failing to give warning of the dangerous condition of the said highway.

(c) failing to inspect the said highway regularly or at all and to take reasonable or any care with respect thereto.

The appellant also alleged in para. 5:

The said highway was not repaired and was at all material times in a defective and dangerous condition with the knowledge or means of knowledge of the Defendant in breach of its statutory duty to repair and keep in repair the said highway.

Dealing with paras. (a) and (b) of the particulars, the trial judge said:

Particulars (a) and (b) of the negligence alleged are to the effect that the pothole was an excavation or was caused by an excavation. In the averment of nuisance it is alleged that the "excavation constituted a nuisance".

d'entretenir et de réparer les rues mais n'a pas l'obligation de le faire. Voici les dispositions pertinentes de la *Municipal Act*:

[TRADUCTION] **513.** ...

(2) Le Conseil peut

a) faire le tracé, construire, entretenir et améliorer les rues ou une partie de celles-ci;

. . .

d) nettoyer, huiler, et arroser les rues, assumer leur éclairage et faire tout ce qui est nécessaire pour la sécurité sur les rues et pour leur conservation;

e) autoriser l'Ingénieur ou tout autre responsable, à sa discrétion, à fermer temporairement une rue ou une partie de celle-ci à la circulation, ou à diriger la circulation, pendant que des travaux y sont effectués.

Voici les allégations de négligence de la déclaration:

[TRADUCTION]

a) d'avoir toléré la présence d'une excavation sur la rue pendant que des travaux ou des améliorations y étaient effectués, de sorte que s'il pleuvait, l'excavation soit cachée et présente un danger pour les usagers légitimes de ladite rue, une excavation dont on pouvait raisonnablement craindre qu'elle provoque des blessures graves si elle n'était pas comblée ou barricadée pour empêcher le passage des bicyclettes, des véhicules à moteur et des piétons.

b) d'avoir laissé une excavation sans protection et de ne pas avoir signalé l'état dangereux de ladite rue.

c) de ne pas avoir inspecté ladite rue régulièrement ou de ne pas l'avoir inspectée du tout et de ne pas y avoir effectué les travaux appropriés.

L'appelant prétend également au par. 5:

[TRADUCTION] Les travaux n'avaient pas été effectués sur ladite rue et, à l'époque pertinente, celle-ci était en mauvais état et dangereuse, situation que la défenderesse connaissait ou pouvait connaître, le tout en violation de l'obligation que lui impose la loi de réparer et d'entretenir ladite rue.

Le juge de première instance s'est exprimé comme suit relativement aux al. a) et b) des allégations:

[TRADUCTION] Selon les allégations a) et b) relatives à la négligence, le nid-de-poule était une excavation ou résultait d'une excavation. Dans l'affirmation d'acte dommageable, on prétend que «l'excavation constituait

The plaintiff has not proved these averments. The plaintiff has not proved that the pothole came into being because of any excavating work or any other kind of work done by the defendant. I am satisfied that the pothole developed from the ordinary wear and tear of traffic.

With respect to para. (c) of the particulars, it should be noted that the trial judge found that the Municipality had a well-organized system of road inspection, the nature of which has already been described. In the course of the following passage from his reasons, the trial judge refers to the allegation made in para. 5 of the statement of claim:

The defendant's routine maintenance in the 1200 block undoubtedly included filling in many potholes. As will appear, potholes were forming all the time in the stretch of roadway with which I am concerned. There is no evidence to establish that the pothole into which the plaintiff tumbled was other than a pothole which came into being a short while before the plaintiff fell into it. That is to say, there is no evidence that the pothole was one of long standing which had been previously repaired by the defendant. Thus, the plaintiff's case does not rest on the proposition that the defendant municipality had repaired the pothole by filling it in and did so negligently. I am unable to find that the pothole came into being because of any negligence on the part of the defendant. However, the case against the municipality in negligence does not rest on this base.

By paragraph 5 of the statement of claim, it is alleged that the defendant municipality was subject to a statutory duty to repair. In my view, it was under no such duty. Under the Municipal Act (R.S.B.C. 1960 c. 255) a municipality has power to maintain and repair highways but no duty to do so is imposed.

Notwithstanding these findings, the trial judge held that the Municipality was liable to the appellant on the grounds of negligence. The basis for this conclusion is found in the following passage from his reasons:

The plaintiff's case does not depend on the municipality being subject to a duty, statutory or otherwise, to keep its streets in repair. The duty invoked is that the defendant, in view of its knowledge of the danger inherent in the situation, should have taken some steps to ensure that drivers and riders of vehicles using Marine

un acte dommageable». Le demandeur n'a pas prouvé ces affirmations. Le demandeur n'a pas prouvé que le nid-de-poule résultait de travaux d'excavation ou d'autres types de travaux effectués par la défenderesse. Je suis convaincu que le nid-de-poule est dû à l'usure normale causée par la circulation.

Relativement à l'al. c) des allégations, il faut remarquer que le juge de première instance a conclu que la Municipalité avait un système d'inspection des rues bien organisé, dont la nature a déjà été décrite. Dans le passage suivant de ses motifs, le juge de première instance mentionne l'allégation faite au par. 5 de la déclaration:

[TRADUCTION] ... Selon le mode d'entretien courant adopté par la défenderesse pour le secteur des numéros civiques 1200, elle devait sans aucun doute combler de nombreux nids-de-poule. Comme nous le verrons, des nids-de-poule se formaient continuellement sur le tronçon de la chaussée en cause. Aucune preuve n'établit que le nid-de-poule qui a causé la chute du demandeur ne s'est pas formé peu de temps auparavant. C'est-à-dire, qu'aucune preuve n'établit que le nid-de-poule existait depuis longtemps et que la défenderesse l'avait réparé antérieurement. Ainsi la réclamation du demandeur ne se fonde pas sur la proposition que la Municipalité défenderesse avait réparé le nid-de-poule en le comblant de façon négligente. Je suis incapable de conclure que le nid-de-poule s'est formé par suite de la négligence de la défenderesse. Cependant, tel n'est pas le fondement de l'allégation de négligence imputée à la Municipalité.

Aux termes du paragraphe 5 de la déclaration, on prétend que la Municipalité défenderesse était assujettie à une obligation légale d'effectuer des réparations. A mon avis, tel n'est pas le cas. En vertu de la Municipal Act (R.S.B.C. 1960, chap. 255), une municipalité a le pouvoir d'entretenir et de réparer les rues mais non l'obligation de le faire.

En dépit de ces conclusions, le juge de première instance a décidé qu'en raison de sa négligence, la Municipalité était responsable envers l'appelant. Le fondement de cette conclusion est exposé dans le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] La réclamation du demandeur ne se fonde pas sur l'assujettissement de la Municipalité à une obligation, légale ou autre, d'entretenir ses rues. L'obligation invoquée est que la défenderesse, connaissant le danger inhérent à la situation, aurait dû prendre des mesures pour s'assurer que les usagers de Marine Drive,

Drive were not injured because of any of the potholes which were forming all the time and which constituted dangerous traps when filled with water. Granted the municipality was under the duty which I have just stated, then that duty was not discharged by its inspection system because under that system the frequency of inspection was not sufficient to cope with the known risk. Again, granted the duty stated, the plaintiff's case is that there were a number of quite reasonable steps which the municipality could have taken in the exercise of its powers to protect users of Marine Drive from injury. One such step, of course, would be for the municipality to have instituted a more or less constant inspection in the 1200 block on Marine Drive and to have made provision for prompt repair of potholes before they became dangerous. Short of this, there being no absolute duty to repair, a much more frequent system of inspection, coupled with a system of marking dangerous potholes in some way by a sign, red flag, or a barricade, might well have sufficed to protect users of Marine Drive from the known danger. The inspectors to whom I have referred in fact put warning signs out to protect the public in respect to defects that they could not immediately repair.

automobilistes et cyclistes, ne risquent pas de subir des blessures à cause des nids-de-poule qui se formaient continuellement et qui constituaient des pièges dangereux lorsqu'ils étaient remplis d'eau. Si l'on admet que la Municipalité était assujettie à l'obligation susmentionnée, alors son système d'inspection ne lui a pas permis de s'en acquitter parce qu'il ne prévoyait pas d'inspections assez fréquentes pour faire face au risque connu. Et si l'on admet encore l'existence de cette obligation, l'allégation du demandeur est que la Municipalité aurait pu adopter plusieurs mesures tout à fait raisonnables dans l'exercice de ses pouvoirs pour éviter aux usagers de Marine Drive de se blesser. A ce titre, la Municipalité aurait évidemment pu organiser une inspection plus ou moins constante du secteur des numéros civiques 1200 de Marine Drive et prendre des mesures pour que les nids-de-poule soient réparés rapidement avant qu'ils ne deviennent dangereux. A part cela, puisqu'il n'y a pas d'obligation absolue de réparer, des inspections beaucoup plus fréquentes assorties d'un système de signalisation quelconque des nids-de-poule dangereux, par des signaux, un drapeau rouge ou des barrières, auraient bien pu suffire à protéger les usagers de Marine Drive du danger connu. D'ailleurs, les inspecteurs dont j'ai parlé placent des panneaux avertisseurs pour protéger le public des défectuosités qu'ils ne peuvent pas immédiatement réparer.

He said, in a later passage:

In the present case, the defendant municipality must be taken to have known of the actual danger because it new that potholes were forming all the time in the 1200 block on Marine Drive and that in wet weather those potholes could be dangerous.

Il dit dans un passage subséquent:

[TRADUCTION] En l'espèce, il faut considérer que la municipalité défenderesse connaissait le danger réel parce qu'elle savait que des nids-de-poule se formaient continuellement sur ce tronçon de Marine Drive et que par temps pluvieux, ces nids-de-poule pouvaient être dangereux.

In substance, the finding of the trial judge is that the inspection system adopted by the Municipality was inadequate because it did not discover the pothole which actually caused the accident in time to permit the institution of safeguards which would have prevented the accident. This conclusion is reached, despite the fact that, as already mentioned:

(1) The trial judge found that the Municipality had a well-organized system of road inspection.

(2) The trial judge found that "There is no evidence to establish that the pothole into which the plaintiff tumbled was other than a pothole

En substance, le juge de première instance a conclu que le système d'inspection adopté par la Municipalité était inadéquat parce qu'il n'a pas permis de découvrir le nid-de-poule qui a effectivement causé l'accident, à temps pour prendre des mesures qui l'auraient empêché. Il en arrive à cette conclusion, malgré le fait que, comme je l'ai déjà dit:

(1) le juge de première instance a conclu que la Municipalité avait un système d'inspection des rues bien organisé;

(2) le juge de première instance a conclu qu'[TRADUCTION] «aucune preuve n'établit que le nid-de-poule qui a causé la chute du

which came into being a short while before the plaintiff fell into it".

(3) The evidence established that the area of Marine Drive in question had been inspected on October 4, 1973, one week before the appellant's accident.

(4) There was no suggestion that the inspection was made improperly or negligently.

The duty imposed on the Municipality was, therefore, as described by the trial judge, "to have instituted a more or less constant inspection in the 1200 block on Marine Drive and to have made provision for the prompt repair of potholes before they became dangerous".

The Court of Appeal did not agree with the trial judge's view that the Municipality must be taken to have known of the actual danger which caused the accident simply because it knew that potholes were forming on Marine Drive in the 1200 block. Robertson J.A., who delivered the reasons of the Court, said:

The fact that potholes were forming all the time did not itself constitute an "actual danger". For several blocks and over a considerable period of time the road had been dotted with countless depressions that represented potential potholes, and from time to time potholes did develop; but there is a complete lack of evidence that before 11th October 1973 any injury to anyone, motorist or bicyclist, had resulted from the formation of a pothole, even though the road was heavily travelled. The actual danger here was the unusually large pothole filled with rainwater that caused the plaintiff's mishap. If the Municipality is to be held liable here, it cannot be because it knew that dangerous potholes could develop, or because it knew that the pothole in question had developed—Aikins, J. ... held that the defendant did not know of the existence of that pothole. Liability can arise only if the Municipality should have known of its existence.

The Municipality should have known of the existence of the pothole only if it should have made more frequent inspections of the road than it did.

Relying upon the principles stated in the judgment of the House of Lords in *Anns v. London*

demandeur ne s'était pas formé peu de temps auparavant».

(3) la preuve établit que le tronçon de Marine Drive en question avait été inspecté le 4 octobre 1973, une semaine avant l'accident de l'appelant.

(4) on n'a pas prétendu que l'inspection avait été faite incorrectement ou négligemment.

Ainsi, suivant la description qu'en a donnée le juge de première instance, l'obligation imposée à la Municipalité consistait à [TRADUCTION] «organiser une inspection plus ou moins constante du secteur des numéros civiques 1200 de Marine Drive et (à) prendre des mesures pour que les nids-de-poule soient réparés rapidement avant qu'ils ne deviennent dangereux».

La Cour d'appel n'a pas souscrit à l'opinion du juge de première instance portant qu'il faut considérer que la Municipalité connaissait le danger réel qui a causé l'accident du seul fait qu'elle savait que des nids-de-poule se formaient sur ce tronçon de Marine Drive. Le juge Robertson qui a exprimé l'opinion de la Cour, a dit:

[TRADUCTION] ... La formation continuelle de nids-de-poule ne constituait pas en soi un «danger réel». Sur une bonne longueur et depuis longtemps, la chaussée était parsemée d'innombrables dépressions constituant des nids-de-poule potentiels qui de temps à autre prenaient forme; mais absolument aucune preuve n'indique qu'avant le 11 octobre 1973, quelqu'un, un automobiliste ou un cycliste, ait été blessé par suite de la formation d'un nid-de-poule, même si la rue était très passante. En l'espèce, le danger réel était ce nid-de-poule particulièrement grand, rempli d'eau de pluie, qui a causé l'accident du demandeur. Si la Municipalité doit être tenue responsable en l'espèce, ce ne peut être parce qu'elle savait que des nids-de-poule dangereux pouvaient se former ni parce qu'elle savait que le nid-de-poule en question s'était formé—le juge Aikins a conclu que la défenderesse ignorait l'existence de ce nid-de-poule. Il ne peut y avoir responsabilité que si la Municipalité était censée connaître son existence.

La Municipalité aurait dû savoir que le nid-de-poule existait seulement si elle avait été tenue de faire des inspections plus fréquentes.

S'appuyant sur les principes énoncés dans l'arrêt de la Chambre des lords, *Anns v. London Borough*

Borough of Merton[2], Robertson J.A. held that the determination of the frequency at which inspections should be made was a matter of policy to be decided by the Municipality in its discretion. Acting within the power given to it by subs. 513(2) of the *Municipal Act*, the Municipality had exercised its discretion to inaugurate a system of road inspection and to determine the extent of such inspection. Whether the authorities in so exercising their discretion struck a sound balance between the claims of efficiency and thrift was not a question for the court to decide. Robertson J.A. therefore concluded that the appeal of the Municipality should be allowed.

I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal. The Municipality, under the provisions of subs. 513(2), had authority to lay out, construct, maintain and improve highways. Unlike the provisions of some other similar statutes, no duty was imposed upon the Municipality to maintain its highways.

The highway which is involved in these proceedings was resurfaced by the provincial Department of Highways in 1960. The Municipality decided to resurface Marine Drive. An eleven block stretch of that road, which included the 1200 block, was marked with construction signs at both ends. Work had been commenced, prior to the accident, both to the east and to the west of the 1200 block, but at that time no resurfacing had been done in the 1200 block. Traffic on Marine Drive was permitted to continue, but the Municipality conducted what the trial judge called a "well-organized system of road inspection", which has already been described.

The trial judge reviewed the appellant's allegations of negligence in the passage from his reasons which I have cited earlier which, although not expressly, he appears to adopt.

He says that in view of the knowledge of the Municipality "inherent in the situation", the Municipality "should have taken some steps to ensure that drivers and riders of vehicles using Marine Drive were not injured because of any of the

[2] [1977] 2 All E.R. 492.

of Merton[2], le juge Robertson a conclu que la détermination de la fréquence des inspections est une question de politique qui relève du pouvoir discrétionnaire de la Municipalité. Conformément au pouvoir que lui donnait le par. 513(2) de la *Municipal Act*, la Municipalité a exercé son pouvoir discrétionnaire pour instaurer un système d'inspection des rues et déterminer l'étendue de cette inspection. Il n'appartenait pas à la cour de décider si, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les autorités ont établi un bon équilibre entre les besoins d'efficacité et d'économie. Le juge Robertson a donc conclu que l'appel de la Municipalité devait être accueilli.

Je souscris à la conclusion de la Cour d'appel. Aux termes du par. 513(2), la Municipalité a le pouvoir de tracer, construire, entretenir et améliorer les rues. Contrairement aux dispositions d'autres lois analogues, la Municipalité n'a aucune obligation de les entretenir.

En 1960, le ministère provincial de la Voirie avait refait l'asphalte de Marine Drive, la rue dont il est question dans les présentes procédures. La Municipalité a décidé de le refaire à son tour. Des panneaux de signalisation de travaux avaient été installés à chaque extrémité d'une zone longue de onze pâtés de maisons, qui comprenait le secteur des numéros 1200. Avant l'accident, les travaux avaient commencé à l'est et à l'ouest de ce tronçon, mais l'asphalte n'y avait pas encore été refait. La circulation était maintenue sur Marine Drive, mais la Municipalité assurait ce que le juge de première instance a appelé [TRADUCTION] «un système bien organisé d'inspection des rues», lequel a déjà été décrit.

Dans le passage que j'ai déjà cité, le juge de première instance a examiné les allégations de négligence formulées par l'appelant et, bien qu'il ne le fasse pas expressément, il semble les adopter.

Il dit que, connaissant le danger «inhérent à la situation», la Municipalité [TRADUCTION] «aurait dû prendre des mesures pour s'assurer que les usagers de Marine Drive, automobilistes et cyclistes, ne risquent pas de subir des blessures à cause

[2] [1977] 2 All E.R. 492.

potholes which were forming all the time and which constituted dangerous traps when filled with water". (The emphasis is mine.)

If the trial judge is here stating that the Municipality was an insurer against injury resulting from "any of the potholes", he is defining too high a duty and the statement cannot be supported.

He says that the frequency of inspection was not sufficient to cope with the known risk and goes on to say that the Municipality could have instituted "a more or less constant inspection in the 1200 block on Marine Drive and to have made provision for the prompt repair of potholes before they became dangerous".

As Robertson J.A. pointed out, although for several blocks and over a considerable period of time the road had been dotted with countless depressions that represented potential potholes, there was a complete lack of evidence that before October 11, 1973, any injury to anyone had resulted from the formation of a pothole even though the road was heavily travelled.

The injury to the appellant resulted from a pothole which had not been disclosed by an inspection made one week prior to the accident. In imposing a duty of constant inspection and immediate repair, the trial judge is again seeking to make the Municipality an insurer against damage resulting from the existence of a pothole.

The trial judge then goes on to say that, there being no absolute duty to repair, there should have been "a much more frequent system of inspection, coupled with a system of marking dangerous potholes . . .." He concedes that the Municipality's inspectors did put warning signs in respect of defects which they could not immediately repair. His criticism of the conduct of the Municipality is therefore as to frequency of inspection. In essence, he is finding that the Municipality should have instituted a system of continuous inspection to ensure that no possible damage could occur and holds that, in the absence of such a system, if damage occurs, the Municipality must be held liable.

des nids-de-poule qui se formaient continuellement et qui constituaient des pièges dangereux lorsqu'ils étaient remplis d'eau». (C'est moi qui souligne.)

Si le juge de première instance déclare ici que la Municipalité était un assureur contre les blessures dues à «des nids-de-poule», il définit une obligation trop sévère et sa déclaration ne peut tenir.

Il dit que la fréquence des inspections n'était pas suffisante pour permettre de faire face au risque connu et il ajoute que la Municipalité aurait pu organiser [TRADUCTION] «une inspection plus ou moins constante du secteur des numéros civiques 1200 de Marine Drive et prendre des mesures pour que les nids-de-poule soient réparés rapidement avant qu'ils ne deviennent dangereux».

Comme le juge Robertson l'a fait remarquer, bien que sur une bonne longueur et depuis longtemps la chaussée fût parsemée d'innombrables dépressions constituant des nids-de-poule potentiels, aucune preuve n'établit qu'avant le 11 octobre 1973, quelqu'un ait été blessé par suite de la formation d'un nid-de-poule même si la rue était très passante.

Les blessures de l'appelant ont été causées par un nid-de-poule qu'une inspection faite une semaine avant l'accident n'avait pas permis de détecter. En imposant une obligation d'inspection constante et de réparation immédiate, le juge de première instance cherche à nouveau à faire de la Municipalité un assureur contre les dommages causés par l'existence d'un nid-de-poule.

Le juge de première instance poursuit en disant que puisqu'il n'y avait aucune obligation absolue de réparer, il aurait dû y avoir [TRADUCTION] «des inspections plus fréquentes assorties d'un système de signalisation . . . des nids-de-poule dangereux». Il reconnaît que les inspecteurs de la Municipalité installaient des panneaux avertisseurs pour signaler les défectuosités qu'ils ne pouvaient réparer immédiatement. Donc, sa critique de la conduite de la Municipalité porte sur la fréquence des inspections. En substance, il conclut que la Municipalité aurait dû instituer un système d'inspection continue pour assurer la prévention de tout dommage possible et il juge qu'en l'absence d'un tel système, la Municipalité doit le cas échéant être tenue responsable des dommages.

In my opinion, no such duty existed. The Municipality, a public authority, exercised its power to maintain Marine Drive. It was under no statutory duty to do so. Its method of exercising its power was a matter of policy to be determined by the Municipality itself. If, in the implementation of its policy its servants acted negligently, causing damage, liability could arise, but the Municipality cannot be held to be negligent because it formulated one policy of operation rather than another.

The position of the Municipality is well stated in the judgment of du Parcq L.J. in the Court of Appeal in *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*[3], at p. 338:

> The law would perhaps be more satisfactory, or at any rate seem more satisfactory in some hard cases, if a body which chose to exercise its powers were regarded as being in exactly the same position as one upon which an Act of Parliament imposed a duty. On the other hand, it must be remembered that when Parliament has left it to a public authority to decide which of its powers it shall exercise, and when and to what extent it shall exercise them, there would be some inconvenience in submitting to the subsequent decision of a jury, or judge of fact, the question whether the authority had acted reasonably, a question involving the consideration of matters of policy and sometimes the striking of a just balance between the rival claims of efficiency and thrift.

Du Parcq L.J. was dissenting in the Court of Appeal, but the Court of Appeal judgment was reversed in the House of Lords[4]. Favourable reference to this statement was made by Lord Wilberforce in the *Anns (supra)* case at p. 501.

My conclusion is that the trial judge sought to impose upon the Municipality too heavy a duty, that the determination of the method by which the Municipality decided to exercise its power to maintain the highway, including its inspection system, was a matter of policy or planning, and that, absent negligence in the actual operational performance of that plan, the appellant's claim fails.

I would dimiss the appeal with costs.

[3] [1940] 1 K.B. 319.
[4] [1941] A.C. 74.

A mon avis, il n'existe pas d'obligation semblable. La Municipalité, un corps public, a exercé son pouvoir d'entretenir Marine Drive. La Loi ne l'obligeait pas à le faire. La méthode qu'elle a choisie pour exercer ce pouvoir est une question de politique qu'il lui appartenait de déterminer. Si, dans l'application de sa politique, ses employés avaient agi de façon négligente, causant des dommages, sa responsabilité aurait pu être engagée, mais on ne peut juger que la Municipalité a été négligente parce qu'elle a élaboré une politique d'entretien plutôt qu'une autre.

La situation dans laquelle se trouve la Municipalité est bien expliquée par le lord juge du Parcq de la Cour d'appel dans l'arrêt *Kent v. East Suffolk Rivers Catchment Board*[3], à la p. 338:

> [TRADUCTION] Juridiquement, il serait peut-être plus satisfaisant ou, tout au moins, il semblerait plus satisfaisant dans certains cas difficiles, que l'on considère qu'un organisme qui a choici d'exercer ses pouvoirs soit exactement dans la même situation que celui auquel une loi du Parlement impose une obligation. Par ailleurs, il faut se souvenir que lorsque le Parlement permet à un corps public de décider quel pouvoir il doit exercer, quand et comment il doit le faire, il serait déplacé de soumettre ensuite à un jury ou à un juge des faits la question de savoir si le corps en question a agi de façon raisonnable, question qui exige de tenir compte des politiques et parfois de l'équilibre des besoins opposés d'efficacité et d'économie.

Le lord juge du Parcq était dissident en Cour d'appel, mais l'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé par la Chambre des lords[4]. Lord Wilberforce a cité en l'appuyant cette déclaration dans l'arrêt *Anns* (précité) à la p. 501.

Ma conclusion est que le juge de première instance a cherché à imposer un fardeau trop lourd à la Municipalité, que la détermination de la méthode par laquelle la Municipalité a décidé d'exercer son pouvoir d'entretenir la rue, y compris son système d'inspection, était une question de politique ou de planification et qu'en l'absence de négligence dans l'application même de ce plan, la réclamation de l'appelant doit échouer.

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

[3] [1940] 1 K.B. 319.
[4] [1941] A.C. 74.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Doig, Baily, Proceviat, McLean & Greenbank, Burnaby.

Solicitor for the defendant, respondent: Bruce E. Emerson, North Vancouver.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs du demandeur, appelant: Doig, Baily, Proceviat, McLean & Greenbank, Burnaby.

Procureur de la défenderesse, intimée: Bruce E. Emerson, North Vancouver.

Henry Woelk and Marjorie Woelk *Appellants*;

and

Cameron Eric Halvorson *Respondent.*

1980: June 26; 1980: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Courts — Damages — Tort — Physical injuries — Amount awarded at trial reduced by appellate court — Function of appellate court in reviewing award of damages made at trial.

Matrimonial law — Loss or impairment of consortium — Claim at trial statutory and framed under s. 35(1) of The Domestic Relations Act — Reach of s. 35 of The Domestic Relations Act — The Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, c. 113, s. 35, as amended by 1973 (Alta.), c. 61, s. 5(16).

This appeal concerns the function of an appellate court in reviewing an award of damages made at trial, and the limits of the reach of *The Domestic Relations Act* as amended by the addition of the present s. 35, in 1973. Appellants are husband and wife. The Court of Appeal reduced the amount awarded the husband for his claim for general damages suffered in an automobile accident from $30,000 to $15,000. The wife's claim at trial, while statutory and framed under s. 35(1) of *The Domestic Relations Act*, amounted to one for damages for the loss or impairment of consortium. The Court of Appeal reduced the amount awarded the wife from $10,000 to $100. This appeal resulted.

Held: The appeal should be allowed.

It is well settled that a Court of Appeal should not alter a damage award made at trial merely because, on its view of the evidence, it would have to come to a different conclusion. It is only where a Court of Appeal concludes that there was no evidence upon which a trial judge could have reached that conclusion, or where he proceeded upon a mistake or wrong principle, or where the result reached at trial was wholly erroneous, that a Court of Appeal is entitled to intervene.

Henry Woelk et Marjorie Woelk *Appelants*;

et

Cameron Eric Halvorson *Intimé.*

1980: 26 juin; 1980: 7 octobre.

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

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

Tribunaux — Dommages-intérêts — Responsabilité civile — Blessures — Montant accordé en première instance réduit par la cour d'appel — Rôle d'une cour d'appel dans la révision de dommages-intérêts alloués en première instance.

Droit matrimonial — Perte ou diminution de soutien moral — Réclamation en première instance fondée sur l'art. 35(1) de The Domestic Relations Act — Portée de l'art. 35 de The Domestic Relations Act — The Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, chap. 113, art. 35, modifié par 1973 (Alta.), chap. 61, art. 5(16).

Ce pourvoi porte sur le rôle d'une cour d'appel dans la révision des dommages-intérêts alloués en première instance, et sur les limites de la portée de *The Domestic Relations Act*, modifié par l'addition, en 1973, de l'art. 35 actuel. Les appelants sont mari et femme. La Cour d'appel a réduit de $30,000 à $15,000 le montant accordé au mari au titre des dommages-intérêts généraux suite aux blessures subies lors d'un accident de la circulation. Bien qu'elle découle de la loi et qu'elle soit formulée en vertu du par. 35(1) de *The Domestic Relations Act*, la réclamation de l'épouse en première instance équivaut à une réclamation en dommages-intérêts pour la perte ou la diminution de soutien moral. La Cour d'appel a réduit le montant accordé à l'épouse de $10,000 à $100. D'où le présent pourvoi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

C'est un principe bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier une indemnité accordée par un juge de première instance simplement parce que, selon son appréciation de la preuve, elle serait parvenue à une conclusion différente. Ce n'est que lorsqu'une cour d'appel parvient à la conclusion qu'aucune preuve ne justifiait la conclusion du juge de première instance, ou lorsque ce dernier a agi sur le fondement d'un principe erroné ou incorrect ou lorsque la décision de première instance est tout à fait erronée, qu'une cour d'appel peut intervenir.

The Court of Appeal considered and weighed the evidence and drew different conclusions from those of the trial judge. The Court of Appeal did not conclude that the trial judge acted upon a wrong principle or that there was no evidence to support the trial judge's conclusion. Weighing and evaluating the evidence lies fully within the province of the trial judge and, where there is evidence to support a finding which he has made, the fact that the Court of Appeal would have preferred to accept other evidence to the contrary, leading to a different conclusion, will not justify a reversal of the trial judge's conclusion. To interfere with the award made at trial constituted an error in principle on the part of the Court of Appeal. As there was evidence to support the conclusions reached by the trial judge, and since it cannot be said that the award was erroneous or that the trial judge proceeded on any incorrect principle, the award made at trial to the male appellant should be restored.

Section 35(1) of *The Domestic Relations Act* gives the action for loss or impairment of consortium statutory form, extends the right of action for loss of consortium to wives and, by its statutory pronouncement, creates a new cause of action which must be approached, freed from the limitations imposed by the earlier decisions in the common law. It is not open to the Court to treat the new cause of action as trivial and deserving of only token awards or to consider that the Legislature of Alberta, in passing s. 35, intended to preserve the old jurisprudence which had gone far to eliminate the right and render damage awards insignificant. The Legislature having created the right of the wife to damages and having omitted any restriction on damage awards, the Court must endeavour to assess the damages realistically, according to the evidence in each case. The Legislature did not intend to perpetuate an action leading to insignificant recovery and it did not regard the remedy as anomalous.

Although the word "deprive", which means total removal in its general meaning, is used in s. 35, the Court does not accept that the husband must be rendered virtually unconscious before the wife can be said to have been deprived of her society and comfort. A partial loss of the comfort and society of the spouse is sufficient to base the action. The extent or degree of loss will be reflected in the amount of the damage award.

Nance v. British Columbia Electric Railway Company Ld., [1951] A.C. 601; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, applied; *Widrig v. Strazer*

La Cour d'appel a examiné et pesé la preuve, et elle a tiré des conclusions différentes de celles du juge de première instance. La Cour d'appel n'a pas conclu que le juge de première instance avait agi sur le fondement d'un principe erroné ni qu'aucun élément de preuve n'appuyait la conclusion de ce dernier. Il est du ressort absolu du juge de première instance de peser et d'apprécier la preuve et, lorsque la preuve appuie la conclusion qu'il a tirée, le fait qu'une cour d'appel aurait préféré accepter d'autres éléments de preuve à l'effet contraire, menant à une conclusion différente, ne justifiera pas la réformation de la conclusion du juge de première instance. C'était donc une erreur de principe de la part de la Cour d'appel que de modifier l'indemnité accordée en première instance. Puisqu'il y a des éléments de preuve qui appuient les conclusions du juge de première instance et puisqu'on ne peut dire que l'indemnité était erronée ou que le juge de première instance a agi sur le fondement d'un principe incorrect, il faut rétablir l'indemnité accordée à l'appelante en première instance.

Le paragraphe 35(1) de *The Domestic Relations Act* donne une reconnaissance législative au droit d'action pour la perte ou diminution de soutien moral et l'étend aux épouses; ce texte de loi crée ainsi un nouveau droit d'action qu'il faut aborder abstraction faite des contraintes imposées par les décisions antérieures de *common law*. La Cour ne peut considérer le nouveau droit d'action comme sans importance et ne méritant qu'une indemnité symbolique, ni qu'en adoptant l'art. 35, la Législature de l'Alberta a voulu conserver l'ancienne jurisprudence, qui a beaucoup contribué à éliminer ce droit et à réduire les indemnités à presque rien. Comme le législateur a accordé à l'épouse le droit à des dommages-intérêts sans prévoir de limites, les tribunaux doivent chercher à apprécier les dommages-intérêts de façon réaliste selon la preuve dans chaque cas. Le législateur n'a pas voulu maintenir une action qui n'aboutit qu'à une indemnisation insignifiante et il n'a pas considéré le recours comme exceptionnel.

Même si l'art. 35 utilise le mot «privé» qui, dans son sens général, signifie suppression totale, la Cour n'accepte pas que le mari doive être virtuellement inconscient pour que l'on puisse dire que l'épouse a été privée de sa compagnie et de son réconfort. Une perte partielle du réconfort et de la compagnie du conjoint est suffisante pour fonder l'action. L'étendue ou l'importance de la perte se reflétera dans le montant des dommages-intérêts accordés.

Jurisprudence: *Nance v. British Columbia Electric Railway Company Ld.*, [1951] A.C. 601; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, arrêts appli-

et al., [1964] S.C.R. 376; *Gorman v. Hertz Drive Yourself Stations of Ontario Ltd. et al.*, [1966] S.C.R. 13; *Best v. Samuel Fox & Co. Ld.*, [1952] A.C. 716; *Finney et al. v. Callender et al.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 301, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Alberta[1], reducing the damages awarded the appellants at trial by Moshansky J. Appeal allowed.

A. D. Hunter, for the appellants.

M J. Kelly, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns the function of an appellate court in reviewing an award of damages made at trial, and the limits of the reach of *The Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, c. 113, as amended by the addition of the present s. 35, in 1973.

The appellants are husband and wife. The husband was injured in an automobile accident on February 26, 1975. Liability has not been disputed. The only issue concerns the *quantum* of damages. The husband's claim was for damages suffered in the accident, and they were assessed at trial in the sum of $30,000, for general damages, with special damages in an agreed amount in excess of $14,000 not now in dispute. The wife's claim was expressed in the statement of claim in these words:

> 9. As a consequence of the injuries to the Plaintiff Henry Woelk as aforesaid the Plaintiff Marjorie Woelk has been deprived of the society and comfort of her co-Plaintiff Henry Woelk and brings this action pursuant to section 35 of *The Domestic Relations Act*, 1970, R.S.A. Chapter 113, as amended S.A. 1973 Chapter 61.

The trial judge assessed her damages at $10,000. In the Court of Appeal, the general damage award, for the husband, was reduced to $15,000; the award to the wife was reduced to $100. This

[1] (1980), 106 D.L.R. (3d) 726, [1980] 1 W.W.R. 609, 18 A.R. 580.

qués; *Widrig c. Strazer et autres*, [1964] R.C.S. 376; *Gorman c. Hertz Drive Yourself Stations of Ontario Ltd. et autres*, [1966] R.C.S. 13; *Best v. Samuel Fox & Co. Ld.*, [1952] A.C. 716; *Finney et al. v. Callender et al.* (1971), 20 D.L.R. (3d) 301.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a réduit les dommages-intérêts accordés aux appelants par le juge Moshansky en première instance. Pourvoi accueilli.

A. D. Hunter, pour les appelants.

M. J. Kelly, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi porte sur le rôle d'une cour d'appel dans la révision des dommages-intérêts alloués en première instance, et sur les limites de la portée de *The Domestic Relations Act*, R.S.A. 1970, chap. 113, modifiée par l'addition de l'art. 35 actuel en 1973.

Les appelants sont mari et femme. Le mari a été blessé dans un accident de la circulation le 26 février 1975. La responsabilité n'est pas contestée. La seule question en litige est le montant des dommages-intérêts. Le mari a intenté une action en dommages-intérêts. Le tribunal de première instance lui a accordé des dommages-intérêts généraux de $30,000 et des dommages-intérêts spéciaux d'un montant convenu supérieur à $14,000, qui n'est pas en litige ici. La réclamation de l'épouse était formulée comme suit dans la déclaration:

> [TRADUCTION] 9. Suite aux blessures susmentionnées subies par le demandeur Henry Woelk, la demanderesse a été privée de la compagnie et du réconfort de son codemandeur Henry Woelk et elle intente cette action en vertu de l'art. 35 de *The Domestic Relations Act*, 1970, R.S.A., chapitre 113, modifié par S.A. 1973, chapitre 61.

Le juge de première instance a évalué ses dommages-intérêts à $10,000. En Cour d'appel, l'indemnité accordée au mari, au titre des dommages-intérêts généraux, a été réduite à $15,000; l'indemnité

[1] (1980), 106 D.L.R. (3d) 726, [1980] 1 W.W.R. 609, 18 A.R. 580.

appeal, by leave of this Court, granted January 22, 1980, resulted.

The husband, at the time of the accident, was 38 year of age and employed as a bus driver in Calgary. His wife was 41 years of age. They had two children, twin boys, aged about six years of age at the date of the accident. The trial judge found that prior to the accident the husband enjoyed good health, that he enjoyed a happy relationship with his wife and family, and that the family pursued together several outdoor activities, such as hiking, skating and tobogganing and, as well, he played baseball with his sons. Both husband and wife were active in the work of their church and they were, in all respects, a normal and happy family.

The physical injuries suffered by the husband consisted of a left frontal skull fracture, extending into the temporal area with approximately a 2 mm. separation but no displacement; a brain concussion with loss of consciousness for five days; a rupture of the spleen which required emergency surgery and removal; a laceration of the forehead which required 16 sutures; and a severe bruising and swelling of the eyelids. He spent 14 days in hospital, and then was released to convalesce at home. He suffered from double vision, headaches, dizziness and loss of balance, a drooping of the left upper eyelid, decreased hearing, weakness and acute depression. There was medical evidence to the effect that the drooping eyelid was a neurological manifestation of the plaintiff's head injury, caused by a mild paralysis of the third intercranial nerve, and that it would not improve. The other symptoms, according to medical evidence, would gradually clear up. However, for several months, he was unable to get up and move about without assistance. He required support when standing, and he was confined to bed for two to three months. He became very irritable; he could not tolerate noise and withdrew largely from family activities and concerns. He has refused to go out socially, or to have friends visit the home. He has become a virtual recluse, in the words of his wife ... "simply sitting and watching television whenever he is at home". He was unable to return to his

accordée à l'épouse a été réduite à $100. D'où, le présent pourvoi interjeté sur autorisation accordée par cette Cour le 22 janvier 1980.

A l'époque de l'accident le mari était âgé de 38 ans et travaillait comme chauffeur d'autobus à Calgary. Son épouse était âgée de 41 ans. Ils avaient deux fils, des jumeaux, alors âgés de six ans. Le juge de première instance a conclu qu'avant l'accident, le mari jouissait d'une bonne santé, qu'il entretenait une relation heureuse avec sa femme et sa famille et que la famille pratiquait plusieurs activités extérieures, telles les excursions à pied, le patinage et les glissades en toboggan; en outre le mari jouait au baseball avec ses fils. Les deux conjoints participaient activement aux activités de leur paroisse et ils formaient, à tous points de vue, une famille normale et heureuse.

Les blessures subies par le mari consistent en une fracture de la partie gauche de l'os frontal s'étendant dans la région de la tempe avec une disjonction d'environ 2 mm sans déplacement; une commotion cérébrale avec perte de conscience pendant cinq jours; un éclatement de la rate dont l'ablation a dû être pratiquée par une opération chirurgicale d'urgence; une déchirure au front qui a exigé 16 points de suture; des contusions graves et un œdème des paupières. Après 14 jours d'hospitalisation, il a passé sa convalescence à la maison. Il a souffert de diplopie, de maux de tête, d'étourdissements, de perte d'équilibre, d'une chute de la paupière supérieure gauche, d'une diminution d'ouïe, de faiblesse et d'une forte dépression. La preuve médicale établit que la chute de la paupière est une manifestation neurologique des blessures que le demandeur a subies à la tête, que c'est causé par une paralysie mineure du troisième nerf crânien et que cela ne s'améliorera pas. Selon la preuve médicale, les autres symptômes disparaîtront graduellement. Toutefois, pendant plusieurs mois, il a été incapable de se lever et de se déplacer sans aide. Il avait besoin d'un appui lorsqu'il était debout et il a été confiné au lit pendant deux à trois mois. Il est devenu très irritable; il ne pouvait tolérer le bruit et il a quasiment délaissé toutes les activités et occupations familiales. Il refusait de sortir en société ou de recevoir des amis à la maison. Il s'est virtuelle-

job for 53 weeks. He would appear, according to the evidence and the findings of the trial judge, to have undergone a marked change of personality, and his capacity to enjoy life has greatly diminished. He has, according to the trial judge, suffered severe emotional injury, from which it would appear there is little hope of recovery.

The wife, who was formerly happily married and secure in a well-established home, now finds herself married to one whose behaviour she described as that of a 'zombie' who has withdrawn from almost all participation in family life. She is left with the burden of family cares and problems with practically no assistance from her husband. Her children prefer to go to their grandparents in their free time, rather than remain in the home. She works, and has actually extended her working hours from what they were formerly, in order to remain away from home for longer periods of time. Her participation in church activities has been greatly curtailed because of her husband's unwillingness to participate. She said that she had considered divorce but, up to the date of trial, her religious scruples had dictated against that step. She gave evidence, accepted by the trial judge, that she can no longer find any help or comfort in the society of her husband, her marriage has become a burden, and the home has ceased to be the happy one it was.

In the Court of Appeal, Moir J.A., who wrote the judgment of the Court, considered the award to the husband to be too great. He reached this conclusion upon a review of the evidence, from which, it would appear, he drew different conclusions than did the trial judge. He went on to say:

> Looking at the award of $30,000 general damages the physical injuries do not justify any such award. The spleen was surgically removed, there was an undisplaced skull fracture, double vision for a few weeks and some loss of balance and a drooping eyelid. All physical injuries had healed long before a year was up. The large portion of this award must be for pain and suffering and loss of amenities. There is no pain and suffering

ment retiré du monde, pour reprendre les paroles de son épouse, [TRADUCTION] « ... simplement assis à regarder la télévision lorsqu'il est à la maison». Il a été dans l'impossibilité de retourner au travail pendant 53 semaines. Il ressort de la preuve et des conclusions du juge de première instance qu'il a éprouvé un changement marqué de personnalité et que sa capacité de jouir de la vie a considérablement diminué. Selon le juge de première instance, il a subi des troubles émotionnels graves dont il est peu probable qu'il se remette.

L'épouse qui était antérieurement heureuse en ménage et qui connaissait la sécurité d'un foyer stable, se retrouve maintenant mariée à une personne qui, pour reprendre ses paroles, a le comportement d'un [TRADUCTION] «zombi» et qui ne participe presque plus à la vie familiale. Elle doit faire face au fardeau des obligations et des problèmes familiaux et n'a presque aucune aide de son mari. Ses enfants préfèrent aller chez leurs grands-parents dans leurs temps libres plutôt que de demeurer à la maison. Elle travaille et a même prolongé ses heures de travail afin d'être plus longtemps à l'extérieur du foyer. Sa participation aux activités paroissiales a considérablement diminué en raison de la réticence de son mari à y participer. Elle dit avoir envisagé le divorce mais, jusqu'à la date du procès, ses principes religieux l'en ont empêchée. Selon son témoignage, accepté par le juge de première instance, la compagnie de son mari ne lui procure plus d'aide ni de réconfort, son mariage est devenu un fardeau et le foyer n'est plus le milieu heureux qu'il était auparavant.

En Cour d'appel, le juge Moir, qui a rédigé les motifs de la Cour, s'est dit d'avis que l'indemnité accordée au mari était trop élevée. Il est parvenu à cette conclusion après avoir examiné la preuve, dont il a apparemment tiré des conclusions différentes de celles du juge de première instance. Il a poursuivi en disant:

> [TRADUCTION] Si l'on s'arrête à l'indemnité de $30,000 accordée au titre des dommages-intérêts généraux, les blessures ne la justifient pas. Il y a eu ablation de la rate par chirurgie, une fracture du crâne sans déplacement, de la diplopie pendant quelques semaines, une certaine perte d'équilibre et une chute de la paupière. Toutes les blessures ont guéri bien avant qu'une année se soit écoulée. La majeure partie de cette indemnité doit cor-

attributable to the injury. The award is for loss of amenities. This is for lack of motivation, tiredness and the failure to communicate with the wife. It appears to me that this is a wholly erroneous estimate of the value of those injuries considering the award in cases such as the paraplegic cases where the maximum for total loss of amenities has been fixed at $100,000. In the result I would allow the appeal from this portion of the award and reduce the general damages to $15,000 which is a very generous award in my opinion.

The trial judge who heard the evidence considered that the physical injuries, suffered by the male appellant, were more serious than did the Court of Appeal and they were not entirely cleared up. The drooping eyelid—of some consequence to a bus driver—was a continuing problem and was associated with mild paralysis of the third intercranial nerve. The more significant damage, however, in the trial judge's view, stemmed from the non-physical results to the appellant's attitude and outlook on life involving a change in personality.

It is well settled that a Court of Appeal should not alter a damage award made at trial merely because, on its view of the evidence, it would have come to a different conclusion. It is only where a Court of Appeal comes to the conclusion that there was no evidence upon which a trial judge could have reached this conclusion, or where he proceeded upon a mistaken or wrong principle, or where the result reached at the trial was wholly erroneous, that a Court of Appeal is entitled to intervene. The well-known passage from the judgment of Viscount Simon in *Nance v. British Columbia Electric Railway Co. Ld.*[2], at p. 613,—approved and applied in this Court in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*[3]—provides ample authority for this proposition. He said:

[2] [1951] A.C. 601.
[3] [1978] 2 S.C.R. 229.

respondre à la douleur, à la souffrance et à la perte des agréments de la vie. Il n'y a ni douleur ni souffrance attribuables aux blessures. L'indemnité correspond donc à la perte des agréments de la vie. Cela comprend le manque de motivation, la fatigue et l'absence de communication avec l'épouse. C'est à mon avis une évaluation tout à fait erronée de la valeur de ces blessures si l'on considère les cas des paraplégiques où l'indemnité maximale accordée pour la perte totale des agréments de la vie a été fixée à $100,000. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel de cette partie de l'indemnité et de réduire le montant des dommages-intérêts généraux à $15,000, ce qui, à mon sens, est une indemnité très généreuse.

Le juge de première instance qui a entendu les témoignages, a estimé que les blessures subies par l'appelant étaient plus sérieuses que ne l'a jugé la Cour d'appel et il était d'avis qu'elles n'étaient pas complètement guéries. La chute de la paupière—qui a une certaine importance pour un chauffeur d'autobus—est un problème permanent et est reliée à une paralysie mineure du troisième nerf crânien. Toutefois, de l'avis du juge de première instance, le préjudice le plus important découle des conséquences non physiques relatives à l'attitude de l'appelant à l'égard de la vie et à sa vision du monde impliquant un changement de personnalité.

C'est un principe bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier une indemnité accordée par un juge de première instance simplement parce que, selon son appréciation de la preuve, elle serait parvenue à une conclusion différente. Ce n'est que lorsqu'une cour d'appel parvient à la conclusion qu'aucune preuve ne justifiait la conclusion du juge de première instance, ou lorsque ce dernier a agi sur le fondement d'un principe erroné ou incorrect ou lorsque la décision de première instance est tout à fait erronée, qu'une cour d'appel peut intervenir. Le passage bien connu des motifs du vicomte Simon dans l'arrêt *Nance v. British Columbia Electric Railway Co. Ld.*[2], à la p. 613,—approuvé et appliqué par cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*[3],—fournit un appui solide à cette proposition. Il dit:

[2] [1951] A.C. 601.
[3] [1978] 2 R.C.S. 229.

The principles which apply under this head are not in doubt. Whether the assessment of damages be by a judge or a jury, the appellate court is not justified in substituting a figure of its own for that awarded below simply because it would have awarded a different figure if it had tried the case at first instance. Even if the tribunal of first instance was a judge sitting alone, then, before the appellate court can properly intervene, it must be satisfied either that the judge, in assessing the damages, applied a wrong principle of law (as by taking into account some irrelevant factor or leaving out of account some relevant one); or, short of this, that the amount awarded is either so inordinately low or so inordinately high that it must be a wholly erroneous estimate of the damage . . . .

This principle has long been established. An earlier example of its application in this Court in somewhat different circumstances may be found in *McCannell v. McLean*[4].

It is evident from a perusal of the reasons for judgment of the Court of Appeal, that it considered and weighed the evidence, and drew different conclusions from those of the trial judge. The Court of Appeal made no finding that the trial judge acted upon a wrong principle, nor did it conclude that there was no evidence to support the trial judge's conclusion. Weighing and evaluating the evidence lies fully with the province of the trial judge and, where there is evidence to support a finding which he has made, the fact that a Court of Appeal would have preferred to accept other evidence to the contrary, leading to a different finding, will not justify a reversal of the trial judge's conclusion. To interfere, then, with the award made at trial constituted, in my view, an error in principle on the part of the Court of Appeal: see *Widrig v. Strazer et al.*[5], and *Gorman v. Hertz Drive Yourself Stations of Ontario Ltd. et al.*[6] An examination of the evidence revealed that, while there was some conflict with respect to the male appellant's mental and emotional condition, there was evidence to support the conclusions reached by the trial judge and, in my view, it

[4] [1937] S.C.R. 341.
[5] [1964] S.C.R. 376.
[6] [1966] S.C.R. 13.

[TRADUCTION] Les principes qui s'appliquent à ce sujet ne sont pas contestés. Que l'appréciation des dommages soit effectuée par un juge ou par un jury, la cour d'appel n'est pas autorisée à remplacer le montant alloué par une cour d'instance inférieure par un montant calculé par elle, simplement parce qu'elle aurait elle-même accordé un montant différent si elle avait jugé l'affaire en première instance. Même si le tribunal de première instance était constitué par un juge siégeant seul, la cour d'appel ne peut intervenir à bon droit que si elle est convaincue: soit que le juge, en évaluant les dommages, a appliqué un principe juridique erroné (en tenant compte par exemple d'un facteur non pertinent, ou en ne tenant pas compte d'un élément pertinent), soit, si tel n'est pas le cas, que le montant accordé est si excessivement bas ou si excessivement élevé qu'il doit constituer une estimation entièrement fausse des dommages . . . .

Ce principe est établi depuis longtemps. L'arrêt *McCannell c. McLean*[4], nous fournit un exemple antérieur de son application par cette Cour dans des circonstances quelque peu différentes.

Il est évident, à la lecture des motifs de jugement de la Cour d'appel, qu'elle a examiné et pesé la preuve, et qu'elle a tiré des conclusions différentes de celles du juge de première instance. La Cour d'appel n'a pas conclu que le juge de première instance avait agi sur le fondement d'un principe erroné ni qu'aucun élément de preuve n'appuyait la conclusion de ce dernier. Il est du ressort absolu du juge de première instance de peser et d'apprécier la preuve et, lorsque la preuve appuie la conclusion qu'il a tirée, le fait qu'une cour d'appel aurait préféré accepter d'autres éléments de preuve à l'effet contraire, menant à une conclusion différente, ne justifiera pas la réformation de la conclusion du juge de première instance. A mon avis, c'était donc une erreur de principe de la part de la Cour d'appel que de modifier l'indemnité accordée en première instance: Voir *Widrig c. Strazer et autres*[5], et *Gorman c. Hertz Drive Yourself Stations of Ontario Ltd. et autres*[6]. Un examen de la preuve révèle que, malgré certaines divergences au sujet de l'état mental et émotionnel de l'appelant, des éléments de preuve appuient les conclusions du juge de première instance et, à mon avis, on ne

[4] [1937] R.C.S. 341.
[5] [1964] R.C.S. 376.
[6] [1966] R.C.S. 13.

cannot be said that the sum of thirty thousand dollars, in this case generous, is wholly erroneous, nor that the trial judge proceeded on any incorrect principle. In my opinion, the thirty thousand dollar award made at trial to the male appellant should be restored.

The wife's claim at trial, while statutory and framed under s. 35(1) of *The Domestic Relations Act* of Alberta, amounts to a claim for damages for the loss or impairment of consortium. I observe that the section refers to the deprivation of the comfort and society of the spouse. While those words, it was said, are not exhaustive of all the elements attributed to the older expression 'consortium' in the common law authorities, in my opinion they do refer to that concept and, when used in a statute dealing with domestic relations, the words are broad enough on their ordinary meaning to embrace the historic concept of consortium. This action, it has been said, had its origins in the mediaeval concept that a husband had a proprietary interest in his wife and interference with that right would raise a claim at law for damages. Writers have classified invasions of the right of consortium into two categories: 'intentional', such as enticement, abduction or seduction of the wife, and 'unintentional', where a claim is based on negligence. This distinction is recognized in s. 35(1) but, historically, in neither case did the wife have a right of action. The remedy belonged solely to the husband. The claim before us is, of course, based on negligence.

The common law position, as it had developed in modern times, was set out clearly in *Best v. Samuel Fox & Co. Ld.*[7], where it was laid down that a married woman, whose husband had been injured by the negligence of another, had no cause of action against the negligent person for loss or impairment of consortium resulting from such negligence. The law lords were unanimous on this point; all were of the view that the action was anomalous and should not be extended. There was

[7] [1952] A.C. 716.

peut dire que le montant de trente mille dollars, généreux dans ce cas, est tout à fait erroné, ni que le juge de première instance a agi sur le fondement d'un principe incorrect. A mon sens, il faut rétablir l'indemnité de trente mille dollars accordée à l'appelant en première instance.

Bien qu'elle découle de la loi et qu'elle soit formulée en vertu du par. 35(1) de *The Domestic Relations Act* de l'Alberta, la réclamation de l'épouse équivaut à une réclamation en dommages-intérêts pour la perte ou la diminution de soutien moral. Je remarque que l'article parle de la privation du réconfort et de la compagnie du conjoint. Bien que l'on ait prétendu que ces mots n'englobent pas tous les éléments attribués à l'ancienne expression «soutien moral» dans la jurisprudence de *common law*, à mon avis, ils se rapportent bien à cette notion. Lorsqu'ils sont employés dans une loi traitant des relations familiales, ces mots, dans leur sens ordinaire, sont suffisamment larges pour comprendre la notion historique de soutien moral. On a prétendu que cette action se fondait sur le concept médiéval qu'un mari a un droit de propriété sur son épouse et qu'une atteinte à ce droit peut juridiquement donner ouverture à une réclamation en dommages-intérêts. Les auteurs ont classé l'atteinte au droit au soutien moral en deux catégories: l'atteinte «intentionnelle», telle la séduction et le rapt de l'épouse, et l'atteinte «non intentionnelle», lorsque la réclamation est fondée sur la négligence. Cette distinction est reconnue au par. 35(1) mais, historiquement, l'épouse n'avait de droit d'action dans aucun de ces cas. Seul le mari avait un recours. La réclamation qui nous est soumise est, bien sûr, fondée sur la négligence.

La théorie de *common law*, dans son évolution moderne, a été clairement exposée dans l'arrêt *Best v. Samuel Fox & Co. Ld.*[7], où l'on a établi qu'une épouse, dont le mari a été blessé par la négligence d'un tiers, n'avait aucun droit d'action contre la personne négligente pour la perte ou la diminution de soutien moral résultant de cette négligence. Les lords juges ont été unanimes sur ce point; tous étaient d'avis que l'action était exceptionnelle et ne devait pas être étendue. Une incerti-

[7] [1952] A.C. 716.

uncertainty as to whether a total loss of consortium would be required for the husband's action or whether an impairment would suffice, but Lord Reid was of the opinion that, where the action lay, an impairment was sufficient. Courts in Canada, and Australia, have considered the *Best* case, and Canadian courts have generally tended to follow it. There are, however, authorities which have differed on the question of *quantum* of damage and the question of whether or not a total destruction of the consortium is required to found the action. Many of these cases are conveniently collected and discussed in *Finney et al. v. Callender et al.*[8], by Taggart J.A. in the British Columbia Court of Appeal. It is fair, however, to say that a review of the authorities on the common law action leads to the conclusion that judicial opinion in this country has been, on balance, that the remedy is open to husbands only (though there are cases to the contrary); that the remedy is anomalous in today's world and should not be extended; when applied, damage awards, except in exceptional cases, should be modest; and that an impairment, as distinct from a destruction of the consortium, should suffice to found the action.

A detailed consideration of the authorities, concerning the right of a wife to maintain an action, the assessment of damages, and the judicial attitude to the continued existence of the remedy in modern times, is not necessary here, because the action has been given statutory form in s. 35(1) of *The Domestic Relations Act*, of the Province of Alberta, set out hereunder:

35. (1) Where a person has, either intentionally or by neglect of some duty existing independently of contract, inflicted physical harm upon a married person and thereby deprived the spouse of that married person of the society and comfort of that married person, the person who inflicted the physical harm is liable to an action for damages by the married person in respect of the deprivation.

(2) The right of a married person to bring the action referred to in subsection (1) is in addition to, and independent of, any right of action that the spouse has, or any action that the married person in the name of the spouse has, for injury inflicted upon the spouse.

[8] (1971), 20 D.L.R. (3d) 301.

tude régnait sur la question de savoir si une perte totale de soutien moral était nécessaire pour fonder l'action du mari ou si une diminution de ce soutien suffisait, mais selon lord Reid lorsqu'il y a un droit d'action, une diminution est suffisante. Les tribunaux canadiens et australiens ont examiné l'arrêt *Best* et les tribunaux canadiens l'ont généralement suivi. Toutefois, on trouve des divergences dans la jurisprudence sur la question du montant des dommages-intérêts et sur celle de savoir si une perte totale du soutien moral est nécessaire pour fonder l'action. Le juge Taggart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commodément réuni et analysé plusieurs de ces décisions dans l'arrêt *Finney et al. v. Callender et al.*[8] Toutefois, il est juste de dire, après un examen de la jurisprudence sur l'action de *common law*, que les tribunaux canadiens ont, dans l'ensemble, tendance à décider que le recours est réservé aux maris (bien qu'il y ait des décisions en sens contraire); que le recours est exceptionnel de nos jours et ne devrait pas être étendu; que, lorsqu'on l'invoque, les dommages-intérêts devraient être modestes sauf dans des cas exceptionnels; et qu'une diminution de soutien moral, par opposition à sa perte totale, devrait suffire à fonder l'action.

Il n'est pas nécessaire de faire ici un examen détaillé de la jurisprudence relative au droit de l'épouse d'intenter une action, à l'appréciation des dommages-intérêts et à l'attitude judiciaire quant au maintien du recours de nos jours, puisque l'action a reçu une reconnaissance législative par le par. 35(1) de *The Domestic Relations Act* de la province de l'Alberta, dont voici le texte:

[TRADUCTION] 35. (1) Lorsqu'une personne mariée a subi des blessures dont l'effet a été de priver son conjoint de sa compagnie et de son réconfort, ce dernier a, relativement à cette privation, un droit d'action en dommages-intérêts contre la personne qui, intentionnellement ou par inexécution d'une obligation non contractuelle, a causé ces blessures.

(2) Le droit d'une personne mariée d'intenter l'action mentionnée au par. (1) est en sus et indépendant de tout droit d'action qu'a le conjoint, ou la personne mariée au nom du conjoint, pour blessures causées à ce dernier.

[8] (1971), 20 D.L.R. (3d) 301.

It is of interest to note that this section, introduced into the Act in 1973, replaced an earlier version which limited the right to the husband in respect of an injury to a wife. It is now clear that, in Alberta, the enactment of s. 35 has extended the right of action for a loss of consortium to wives and, by its statutory pronouncement, has created a new cause of action which must be approached, freed from the limitations imposed by the earlier decisions in the common law. In my opinion, it is not open to the Court of treat the new cause of action as trivial and deserving of only token awards. It is not open to the courts to consider that the Legislature of Alberta, in passing s. 35, intended to preserve the old jurisprudence, which had gone far to eliminate the right and render damage awards insignificant. I am not prepared to accept such an approach. It is my view that, the Legislature having created the right of the wife to damage and having omitted any restriction on damage awards, the courts must endeavour to assess the damage realistically, according to the evidence in each case. The Legislature did not intend, in my view, to perpetuate an action leading only to insignificant recovery, nor can it be said that it regarded the remedy as anomalous.

I will not review the evidence again. From what has been said it is clear, however, that the society and comfort the wife once had from her husband have been destroyed or, at least, greatly reduced. Section 35 uses the word 'deprive' and that word, in its general meaning, would mean the total removal. I do not, however, accept that the husband must be rendered virtually unconscious before the wife can be said to have been deprived of his society and comfort. There has been here a substantial deprivation and, to the extent that the husband has withdrawn from the society of his wife and to the extent that she has been deprived of his comfort, her loss has been serious. I find no basis on which I could reject the trial judge's findings on this point. While I am in no sense bound by the earlier cases in dealing with this statutory action, I prefer and I adopt the approach of Lord Reid in this respect, from the *Best* case, and I note that American and Australian cases

Il est intéressant de souligner que cet article, introduit dans la Loi en 1973, remplace une version antérieure qui n'accordait le droit qu'au mari relativement à une blessure subie par l'épouse. Il est maintenant clair qu'en Alberta, l'adoption de l'art. 35 a étendu aux épouses le droit d'action pour la perte de soutien moral et que ce texte de loi a créé un nouveau droit d'action qu'il faut aborder abstraction faite des contraintes imposées par les décisions antérieures de *common law*. A mon avis, la Cour ne peut considérer le nouveau droit d'action comme sans importance et ne méritant qu'une indemnité symbolique. Il n'appartient pas aux tribunaux de considérer qu'en adoptant l'art. 35, la Législature de l'Alberta a voulu conserver l'ancienne jurisprudence, qui a beaucoup contribué à éliminer ce droit et à réduire les indemnités à presque rien. Je ne suis pas disposé à accepter une telle conception. Je suis d'avis que, puisque le législateur a accordé à l'épouse le droit à des dommages-intérêts sans prévoir de limites, les tribunaux doivent chercher à apprécier les dommages-intérêts de façon réaliste selon la preuve dans chaque cas. Le législateur n'a pas voulu, à mon avis, maintenir une action qui n'aboutit qu'à une indemnisation insignifiante, et on ne peut dire non plus qu'il ait considéré le recours comme exceptionnel.

Je ne réexaminerai pas la preuve. Toutefois, il est évident, d'après ce qui a été dit, que la compagnie et le réconfort que le mari accordait auparavant à l'épouse n'existent plus ou, du moins, ont été grandement diminués. L'article 35 utilise le mot «priver» qui, dans son sens général, signifie suppression totale. Je n'accepte toutefois pas que le mari doive être virtuellement inconscient pour que l'on puisse dire que l'épouse a été privée de sa compagnie et de son réconfort. En l'espèce, il y a eu une privation importante et, dans la mesure où le mari ne recherche plus la compagnie de son épouse et dans la mesure où elle est privée de son réconfort, sa perte est sérieuse. Rien ne me permet de rejeter les conclusions du juge de première instance sur ce point. Bien que je ne sois aucunement lié par la jurisprudence à l'égard à cette action créée par la loi, je préfère la façon dont lord Reid a envisagé la question dans l'affaire *Best* et je l'adopte; je souligne d'ailleurs que la jurisprudence

also support this view. Lord Reid said in the *Best* case, at p. 736, in reference to the common law action on the part of the husband:

> I do not think that it is open to doubt that an impairment of a wife's capacity to render assistance to her husband was enough to found an action. Certainly an injury which temporarily incapacitated her was sufficient, and I cannot find any ground for the view that an injury which did not produce complete incapacity at any time was insufficient even if it resulted in serious and permanent impairment of her capacity to render services. Any such injury might well deprive the husband to a large extent of his wife's comfort and society but at no time deprive him wholly of it, and I have seen nothing to lead me to think that in such a case that impairment of the consortium must be left out of account, and, if impairment of the consortium is enough, I have seen nothing to lead me to think that the destruction of a wife's capacity for sexual intercourse should not be regarded as such an impairment.

In my view, a partial loss of the comfort and society of the spouse is sufficient to base the action. The extent or degree of loss will be reflected in the amount of the damage award.

In considering the amount of the award, again I can find no basis for interference with the trial judge's estimate. A woman in the situation now confronting the wife has suffered a serious loss. She remains responsible for the maintenance of a home and for the protection, upbringing and welfare of two children, and she must discharge this responsibility without the assistance, society and comfort, which normally would be accorded to her by a healthy husband.

The Court of Appeal, in addition to dealing with the issues already considered, reduced the amount allowed to the appellants for a witness fee paid to one Dr. Miyauchi, called as an expert witness. No appeal was made against this disposition. In the result, I would allow the appeals and restore the awards made at trial, with the exception of the allowance of the witness fee paid to Dr. Miyauchi, in respect of which the Court of Appeal's disposition would remain undisturbed. I would allow the appellants their costs throughout.

américaine et australienne appuie également cette opinion. Dans l'arrêt *Best*, lord Reid a dit à la p. 736, au sujet de l'action de *common law* intentée par le mari:

> [TRADUCTION] Je ne crois pas que l'on puisse douter qu'une atteinte à la capacité de l'épouse d'aider son mari suffise à fonder une action. Une blessure qui l'handicape temporairement est suffisante et rien à mon avis ne justifie l'opinion qu'une blessure qui n'entraîne pas une incapacité totale à un moment donné est insuffisante même si elle entraîne une diminution sérieuse et permanente de sa capacité de rendre des services. Une telle blessure pourrait bien priver le mari dans une large mesure du réconfort et de la compagnie de son épouse sans jamais l'en priver totalement, et je n'ai rien vu qui me porte à croire que, dans un tel cas, il faille ne pas tenir compte de cette diminution de soutien moral; si la diminution de soutien moral suffit, je n'ai rien vu qui me porte à croire que la perte de la capacité de l'épouse d'avoir des relations sexuelles ne doive pas être considérée comme une telle diminution.

A mon avis, une perte partielle du réconfort et de la compagnie du conjoint est suffisante pour fonder l'action. L'étendue ou l'importance de la perte se reflétera dans le montant des dommages-intérêts accordés.

Quant au montant de l'indemnité, rien ne permet de modifier l'appréciation du juge de première instance. Une femme qui doit faire face à la situation où se trouve l'épouse a subi une perte sérieuse. Elle demeure responsable de l'entretien d'une maison et de la protection, de l'éducation et du bien-être de deux enfants, et elle doit s'acquitter de cette responsabilité sans l'aide, la compagnie et le réconfort que lui procurerait normalement un mari en bonne santé.

En plus de traiter des questions déjà examinées, la Cour d'appel a réduit le montant alloué aux appelants pour la vacation du Dr Miyauchi, cité comme témoin expert. Il n'y a pas eu appel sur ce point. Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir les indemnités accordées en première instance, à l'exception de la vacation du témoin, le Dr Miyauchi, dont le montant sera celui fixé par la Cour d'appel. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the respondent: Kelly & Kelly, Calgary.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intimé: Kelly & Kelly, Calgary.

Perry J. Rhine (*Defendant*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen (*Plaintiff*) *Respondent*.

Barbara Jean Prytula (formerly Barbara Jean Erickson) (*Defendant*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen (*Plaintiff*) *Respondent*.

1980: November 5, 6; 1980: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Jurisdiction — Courts — Debts guaranteed by federal government through statutory scheme and paid by the government on default by each of the appellants — Whether or not Federal Court, Trial Division, had jurisdiction to entertain claim made by the Crown against the appellants for repayment — Prairie Grain Advance Payments Act, R.S.C. 1970, c. P-18, ss. 2, 4 — Canada Student Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-17, s. 13(j) — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) (a).

These two appeals raised the single issue — whether or not there was jurisdiction in the Federal Court — Trial Division, to entertain the claim made in each case by the Crown in right of Canada. The claim in the *Rhine* case was to recover $417, allegedly an advance payment, made to the appellant under the *Prairie Grain Advance Payments Act*, which he had failed to repay. The claim in the *Prytula* case was to recover $540 and interest, alleged owed because of a loan made to the appellant pursuant to the *Canada Student Loans Act*, guaranteed by the Minister of Finance and repaid by the Crown on her failure to repay. The Crown claimed that amount by subrogation.

In both cases judgment was sought in the Federal Court because of default of defence. The Federal Court

Perry J. Rhine (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine (*Demanderesse*) *Intimée*.

Barbara Jean Prytula (antérieurement Barbara Jean Erickson) (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

Sa Majesté La Reine (*Demanderesse*) *Intimée*.

1980: 5, 6 novembre; 1980: 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Compétence — Tribunaux — Dettes garanties par le gouvernement fédéral par le biais d'un plan législatif et acquittées par lui lors du défaut des appelants — Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale pour connaître de la demande de remboursement présentée par Sa Majesté contre les appelants — Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies, S.R.C. 1970, chap. P-18, art. 2, 4 — Loi canadienne sur les prêts aux étudiants, S.R.C. 1970, chap. S-17, art. 13j) — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 17(4)a).

Ces deux pourvois soulèvent une seule question— savoir si la Division de première instance de la Cour fédérale a compétence pour connaître de la réclamation que Sa Majesté du chef du Canada a présentée dans chacune de ces affaires. Dans l'affaire *Rhine*, la réclamation vise au recouvrement d'une somme de $417 due par l'appelant qui l'a reçue à titre de paiement anticipé versé sous le régime de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, et ne l'a pas remboursée. Dans l'affaire *Prytula*, la réclamation vise au recouvrement d'une somme de $540 et intérêts dont l'appelante serait débitrice suite à un prêt en application de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*. Comme l'appelante n'a pas remboursé ce prêt garanti par le ministre des Finances, Sa Majesté l'a acquitté. Sa Majesté lui en réclame le montant par subrogation.

Dans les deux cas, il y a eu demande de jugement pour défaut de plaider en Cour fédérale. La Cour d'ap-

of Appeal allowed the Crown's appeal from the decision at trial that the Court was without jurisdiction, and in effect held that the *McNamara* case did not govern either of the cases in appeal. The question to be determined was whether the source of the Crown's claims was an existing federal law, or whether the claims arose out of agreements for the respective loans, merely giving rise to provincial common law actions no different from the situation in the *McNamara* case.

Held: The appeals should be dismissed.

Each of the statutes provided for the advancing of federal funds or federally guaranteed funds to eligible individuals, as defined in the respective statutes and regulations, and for repayment and for the means for enforcing repayment. This was all a matter of the administration of a federal statute and was within s. 101 of the *British North America Act*. The Federal Court—Trial Division therefore had jurisdiction under s. 17(4)(*a*) of the *Federal Court Act*.

In the *Rhine* case, although the claim was not for enforcement of a lien but rather for payment upon default in accordance with the undertaking, it was not simply the enforcement of an ordinary contractual obligation which owed nothing to its origin in statutory authorization to make the advance to the federal law. There was a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries were authorized as part—an important part—of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. There was a contractual consequence of the application of the Act but that did not mean that the Act was left behind once the contract was made. At every turn, the Act had its impact on the contract, making it proper to say that existing and valid federal law governed the transaction. The transactions in the *McNamara* case were not contained in such a statutory shelter and were without a statutory base; the Crown's suit there to enforce a surety bond was merely pursuant to an administrative requirement for the taking of the bond to secure contract obligations in favour of the Crown.

In the *Prytula* case, the *Canada Student Loans Act* and reguations governed every aspect of the relationship between the borrowing student, the lending bank and the guaranteeing government. Resort had to be made to the statute and regulations to support any legal claims whether by the bank or by the government, or to determine the liability of the borrowing student. Moreover,

pel fédérale a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté de la décision de première instance portant que la cour n'était pas compétente et a statué que l'arrêt *McNamara* ne régit ni l'une ni l'autre des affaires en cause. La question à déterminer est de savoir si l'on peut dire que les réclamations de Sa Majesté tirent leur origine d'une législation fédérale existante ou si elles sont nées d'accords qui constatent les prêts respectifs de sorte qu'elles donnent seulement ouverture à des actions de *common law* de compétence provinciale, ce qui constituerait une situation analogue à l'affaire *McNamara*.

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Chacune des lois prévoit l'avance de fonds fédéraux ou de fonds garantis par le fédéral à des personnes admissibles, suivant la définition donnée dans les lois et règlements respectifs, ainsi que le remboursement et les moyens d'obtenir le remboursement. Tout cela fait partie de l'administration d'une loi fédérale et relève donc de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. La Division de première instance de la Cour fédérale a donc compétence en vertu de l'al. 17(4)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Dans l'affaire *Rhine*, bien que la réclamation ne vise pas l'exécution d'un privilège mais plutôt le remboursement pour cause de défaut conformément à l'engagement, il ne s'agit pas simplement de l'exécution d'une obligation contractuelle ordinaire qui ne relève aucunement de la législation fédérale, si ce n'est qu'elle tire son origine de l'autorisation législative de verser le paiement anticipé. Il y a un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément—élément important—d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Il y a des conséquences contractuelles, mais cela ne veut pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur le contrat, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération. La Loi n'offrait pas d'abri aux opérations en cause dans l'affaire *McNamara* et celles-ci n'étaient pas fondées sur la loi; l'action de Sa Majesté pour faire exécuter un cautionnement découlait simplement d'une exigence administrative, soit la nécessité d'obtenir le cautionnement comme garantie d'obligations contractées en sa faveur.

Dans l'affaire *Prytula*, la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants* et son règlement d'application régissent tous les aspects de la relation entre l'étudiant emprunteur, l'institution prêteuse et le gouvernement garant. Pour fonder une réclamation, qu'il s'agisse de celle de la banque ou du gouvernement, ou pour déterminer la responsabilité de l'étudiant emprunteur, il faut recourir

the subrogation of the Crown to the claim of the bank was expressly dealt with. There was existing and applicable federal law to underpin the jurisdiction of the Federal Court.

McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen, [1977] 2 S.C.R. 654, distinguished; *Murphy v. C.P.R.*, [1958] S.C.R. 626, referred to.

APPEALS from judgments of the Federal Court of Appeal[1], allowing appeals from judgments of Cattanach J. Appeals dismissed.

John J. Robinette, Q.C., for the appellants.

T. B. Smith, Q.C., and *David T. Sgayias*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—These two appeals, which are here by leave of this Court and which were argued together, raise the same single issue, namely, whether there was jurisdiction in the Federal Court, Trial Division, to entertain the claim made in each case by the Crown in right of Canada. The clam in the *Rhine* case was to recover $417, alleged to be owing as an advance payment made to the appellant under the authority of the *Prairie Grain Advance Payments Act*, R.S.C. 1970, c. P-18, and which he failed to repay. The claim in the *Prytula* case was to recover $540 and interest, alleged to be owing by the appellant by reason of a loan made to her by a bank, pursuant to the *Canada Student Loans Act*, R.S.C. 1970, c. S-17, a loan guaranteed by the Minister of Finance, and which, on the failure of the appellant to repay, was satisfied by the Crown which then claimed it from her by subrogation.

In both cases there was default of defence and judgment was sought on that basis in the Federal Court. Cattanach J., who heard the application for

[1] *The Queen v. Perry J. Rhine*, [1979] 2 F.C. 651, (1980), 98 D.L.R. (3d) 496, (1979), 26 N.R. 526.
The Queen v. Barbara Jean Prytula (formerly Barbara Jean Erickson), [1979] 2 F.C. 516, (1980), 99 D.L.R. (3d) 91, (1979), 28 N.R. 226.

à la Loi et au règlement. En outre, la subrogation de Sa Majesté dans la réclamation de la banque est expressément prévue. Il existe une loi fédérale applicable qui appuie la compétence de la Cour fédérale.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Murphy c. Le Canadien Pacifique*, [1958] R.C.S. 626.

POURVOIS à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel fédérale[1], qui a accueilli les appels interjetés des jugements du juge Cattanach. Pourvois rejetés.

John J. Robinette, c.r., pour les appelants.

T. B. Smith, c.r., et *David T. Sgayias*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ces deux pourvois formés sur autorisation de cette Cour ont été plaidés ensemble. Ils soulèvent une seule et même question, savoir si la Division de première instance de la Cour fédérale a compétence pour connaître de la réclamation que Sa Majesté du chef du Canada a présentée dans chacune de ces affaires. Dans l'affaire *Rhine*, la réclamation vise au recouvrement d'une somme de $417 due par l'appelant qui l'a reçue à titre de paiement anticipé versé sous le régime de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, S.R.C. 1970, chap. P-18, et ne l'a pas remboursée. Dans l'affaire *Prytula*, la réclamation vise au recouvrement d'une somme de $540 et intérêts dont l'appelante serait débitrice suite à un prêt que lui a consenti une banque en application de la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants*, S.R.C. 1970, chap. S-17. Comme l'appelante n'a pas remboursé ce prêt garanti par le ministre des Finances, Sa Majesté l'a acquitté et lui en réclame le montant par subrogation.

Dans les deux cas, il y a eu demande de jugement pour défaut de plaider en Cour fédérale. Le juge Cattanach, qui a entendu les deux demandes

[1] *La Reine c. Perry J. Rhine*, [1979] 2 C.F. 651, (1980), 98 D.L.R. (3d) 496, (1979), 26 N.R. 526.
La Reine c. Barbara Jean Prytula (antérieurement Barbara Jean Erickson, [1979] 2 C.F. 516, (1980), 99 D.L.R. (3d) 91, (1979), 28 N.R. 226.

judgment in each case, concluded that by reason of the judgment of this Court in *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*[2], he lacked jurisdiction. On appeal, the Federal Court of Appeal, speaking through Heald J. in each case, allowed the Crown's appeal and directed that the case be returned to the Trial Division on the footing that there was jurisdiction. In short, the Federal Court of Appeal held that the *McNamara* case did not govern either of the two cases in appeal here.

It is common ground, especially in the light of the *McNamara* case, that s. 17(4)(*a*) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, under which the two actions were brought, is not itself sufficient to support jurisdiction. The mere fact that the federal Crown is plaintiff does not entitle it to use the Federal Court as the forum in which to litigate its claims. Section 17(4)(*a*) reads that the Federal Court, Trial Division, has concurrent original jurisdiction "(*a*) in proceedings of a civil nature in which the Crown or the Attorney General of Canada claims relief". The effect of the *McNamara* case, shortly put, is that there must be existing and applicable federal law to support the claims made in these cases by the Crown; otherwise there would not be conformity with the prescriptions of s. 101 of the *British North America Act* which, *inter alia*, provides for the establishment by Parliament of "additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". The question in these two cases is, therefore, whether it can be said that the source of the claims by the Crown is in existing federal law or whether, as was strenuously argued by Mr. J.J. Robinette, Q.C., who appeared as *amicus curiae* on behalf of the appellant in each case (having been originally invited to do so by the Federal Court of Appeal), the claims arose out of agreements for the respective loans so as to give rise merely to provincial common law actions no different from what was found to be the situation in the *McNamara* case. Mr. Robinette relied also on a statement by Cattanach J., made in each of his judgments in these cases, that "it is not enough that the liability arises

[2] [1977] 2 S.C.R. 654.

de jugement, a conclu qu'il n'avait pas compétence vu l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*[2]. Le juge Heald, qui a exprimé l'opinion de la Cour d'appel fédérale dans les deux cas, a accueilli l'appel de Sa Majesté et ordonné le renvoi des deux affaires en Division de première instance sur le fondement que celle-ci est compétente. En somme, la Cour d'appel fédérale a statué que l'arrêt *McNamara* ne régit ni l'une ni l'autre des affaires dont nous sommes saisis.

Surtout depuis l'arrêt *McNamara*, on s'accorde à dire que l'al. 17(4)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, en vertu duquel les deux actions ont été intentées, ne suffit pas en lui-même à donner compétence. Le simple fait que Sa Majesté du chef du Canada soit demanderesse ne lui donne pas le droit d'utiliser la Cour fédérale comme tribunal où faire valoir ses réclamations. L'alinéa 17(4)*a*) dispose que la Division de première instance de la Cour fédérale a compétence concurrente en première instance «*a*) dans les procédures d'ordre civil dans lesquelles la Couronne ou le procureur général du Canada demande redressement». En bref, il découle de l'arrêt *McNamara* qu'il faut qu'il existe une législation fédérale applicable pour appuyer les réclamations présentées en l'espèce par Sa Majesté; sinon, on ne respecterait pas les dispositions de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui autorise notamment le Parlement à «établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada». Il s'agit donc de déterminer dans ces deux affaires si l'on peut dire que les réclamations de Sa Majesté tirent leur origine d'une législation fédérale existante ou si, comme l'a fait valoir avec vigueur Me J. J. Robinette, c.r., qui a comparu à titre d'*amicus curiae* au nom de chacun des appelants (rôle que la Cour d'appel fédérale lui avait confié à l'origine), elles sont nées d'accords qui constatent les prêts respectifs de sorte qu'elles donnent seulement ouverture à des actions de *common law* de compétence provinciale, ce qui constituerait une situation analogue à celle que l'on a jugé exister dans l'affaire

[2] [1977] 2 R.C.S. 654.

in consequence of a statute".

I turn now to each of the cases and to an examination of the legislation in each case pursuant to which the advance in the one case and the loan in the other case were made. It is relevant to note here that no doubt is cast on the validity of the legislation; it is fully conceded that each of the two enactments and regulations made under them are within federal competence.

1. The *Rhine* Case

The *Prairie Grain Advance Payments Act* has, as its stated purpose, the making of advances to grain producers in respect of grain not yet delivered to the Canadian Wheat Board. It is part of a scheme for the regulation of the grain trade, as is evidenced by s. 2(2) of the Act which provides that "This Act shall be construed as one with the *Canadian Wheat Board Act* ...". The latter Act was the subject of an unsuccessful challenge to its validity in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company*[3].

Under the *Prairie Grain Advance Payments Act*, a producer may apply to the Canadian Wheat Board (which is an agent of the Crown) for an advance payment under a prescribed form. Various details of the applicant's business or operations must be disclosed, as stipulated in s. 4. The applicant must give an undertaking in respect of delivery of grain or in respect of repayment if grain is not delivered, and upon default proceedings may be taken against him. The statute provides for a lien upon the grain in respect of which an advance is made and Mr. Robinette conceded that in this respect there would be valid federal law to support the jurisdiction of the Federal Court. However, since the claim here is not for enforcement of a lien but rather for repayment upon default in accordance with the undertaking, it is contended that there is simply the enforcement of an ordinary contractual obligation which owes nothing to fed-

[3] [1958] S.C.R. 626.

McNamara. Me Robinette s'est également fondé sur une déclaration que le juge Cattanach a faite dans les jugements en l'espèce: «il ne suffit pas que l'obligation naisse par l'effet d'une loi» et «il ne suffit pas que la responsabilité découle d'une loi».

Je vais examiner maintenant chacune des affaires et les textes de loi en vertu desquels le paiement anticipé dans l'une et le prêt dans l'autre ont été consentis. Il importe de noter que la validité de ces textes n'est pas mise en doute; on reconnaît sans restriction que chacun des deux textes et leur règlement d'application sont de compétence fédérale.

1. L'affaire *Rhine*

La *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* a expressément pour objet de permettre de verser à des producteurs de grain des paiements anticipés pour du grain non encore livré à la Commission canadienne du blé. Elle fait partie d'un plan de réglementation du commerce du grain, comme en fait foi le par. 2(2) de la Loi qui dispose que «La présente loi doit s'interpréter conjointement avec la *Loi sur la Commission canadienne du blé* ...». La validité de cette dernière loi a été contestée sans succès dans *Murphy c. Le Canadien Pacifique*[3].

En vertu de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies*, un producteur peut, au moyen d'une formule prescrite, demander un paiement anticipé à la Commission canadienne du blé (qui est un mandataire de Sa Majesté). L'article 4 exige la divulgation d'un ensemble de données sur l'entreprise ou les activités du requérant. Celui-ci doit s'engager à livrer du grain ou à rembourser le prêt s'il ne le livre pas, et, sur défaut, des procédures peuvent être prises contre lui. La Loi crée un privilège sur le grain à l'égard duquel on a versé un paiement anticipé et Me Robinette a reconnu qu'à cet égard, il y aurait une législation fédérale valide pour fonder la compétence de la Cour fédérale. Cependant, puisqu'en l'espèce la réclamation ne vise pas l'exécution d'un privilège mais plutôt le remboursement pour cause de défaut conformément à l'engagement, on prétend qu'il s'agit simplement de l'exécution d'une obligation contrac-

[3] [1958] R.C.S. 626.

eral law other than its origin in the statutory authorization to make the advance.

I do not agree that the matter can be disposed of in such simple terms. What we have here is a detailed statutory framework under which advances for prospective grain deliveries are authorized as part of an overall scheme for the marketing of grain produced in Canada. An examination of the *Prairie Grain Advance Payments Act* itself lends emphasis to its place in the overall scheme. True, there is an undertaking or a contractual consequence of the application of the Act but that does not mean that the *Act* is left behind once the undertaking or contract is made. At every turn, the Act has its impact on the undertaking so as to make it proper to say that there is here existing and valid federal law to govern the transaction which became the subject of litigation in the Federal Court. It should hardly be necessary to add that "contract" or other legal institutions, such as "tort" cannot be invariably attributed to sole provincial legislative regulation or be deemed to be, as common law, solely matters of provincial law.

In the *McNamara* case, there was no such statutory shelter within which the transactions there were contained as there is in the present case. The contracts in the *McNamara* case had no statutory base and, in so far as the Crown was also suing there to enforce a surety bond, this was merely in pursuance of an administrative requirement for the taking of such a bond to secure contract obligations in favour of the Crown. I quote the following passages on these points from the reasons in the *McNamara* case, at pp. 662-663:

It was the contention of the Attorney-General of Canada on behalf of the Crown that the construction contract, being in relation to a public work or property, involved on that account federal law. What federal law was not indicated. Certainly there is no statutory basis for the Crown's suit, nor is there any invocation by the Crown of some principle of law peculiar to it by which its claims against the appellants would be assessed or

tuelle ordinaire qui ne relève aucunement de la législation fédérale, si ce n'est qu'elle tire son origine de l'autorisation législative de verser le paiement anticipé.

Je ne peux admettre que l'on puisse régler l'affaire en des termes aussi simples. Nous sommes en présence d'un cadre législatif détaillé qui autorise des paiements anticipés pour des livraisons éventuelles de grain; c'est un élément d'un plan d'ensemble pour la commercialisation du grain produit au Canada. Un examen de la *Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies* elle-même met en lumière la place que celle-ci prend dans le plan d'ensemble. Certes, l'application de la Loi emporte un engagement ou des conséquences contractuelles, mais cela ne veut pas dire que la Loi est mise à l'écart une fois l'engagement pris ou le contrat signé. La Loi a constamment des répercussions sur l'engagement, de sorte que l'on peut dire à bon droit qu'il existe une législation fédérale valide qui régit l'opération, objet du litige devant la Cour fédérale. Est-il nécessaire d'ajouter qu'on ne peut invariablement attribuer les «contrats» ou les autres créations juridiques, comme les délits et quasi-délits, au contrôle législatif provincial exclusif, ni les considérer, de même que la *common law*, comme des matières ressortissant exclusivement au droit provincial.

A la différence de la présente espèce, la loi n'offrait pas d'abri aux opérations en cause dans l'affaire *McNamara*. Les contrats n'y étaient pas fondés sur la loi et, dans la mesure où Sa Majesté voulait également y faire exécuter un cautionnement, elle le faisait simplement comme conséquence d'une exigence administrative, soit la nécessité d'obtenir ce genre de cautionnement comme garantie d'obligations contractées en sa faveur. Voici un extrait des motifs de l'arrêt *McNamara* qui porte sur ces points, aux pp. 662 et 663:

Le procureur général du Canada soutient au nom de la Couronne que, puisque le contrat de construction concerne un ouvrage ou un bien publics, la législation fédérale s'applique. Il n'a toutefois pas précisé quelle loi fédérale. L'action de la Couronne n'est manifestement fondée sur aucune loi et cette dernière n'invoque aucun principe de droit qui lui serait particulier en vertu duquel ses réclamations contre les appelants pourraient

determined. Counsel for the Attorney-General was candid enough to say that his position had to be that jurisdiction existed in the Federal Court in respect of any contract claim asserted by the Crown. I have already indicated that this is untenable and, clearly, s. 17(4) would be *ultra vires* if that was its reach. It can be valid only in so far as its terms are limited in accordance with what s. 101 of the *British North America Act* prescribes.

I take the same view of the Crown's claim on the bond as I do of its claim against McNamara for damages. It was urged that a difference existed because (1) s. 16(1) of the *Public Works Act*, now R.S.C. 1970, c. P-38 obliges the responsible Minister to obtain sufficient security for the due performance of a contract for a public work and, (2) *Consolidated Distilleries v. The King*, [[1930] S.C.R. 531], stands as an authority in support of the Crown's right to invoke the jurisdiction of the Federal Court where it sues on a bond. Neither of these contentions improves the Crown's position. Section 16(1) of the *Public Works Act* stipulates an executive or administrative requirement that a bond be taken but prescribes nothing as to the law governing the enforcement of the bond. The *Consolidated Distilleries* case involved an action on a bond given pursuant to the federal *Inland Revenue Act* and, as the Privy Council noted "the subject matter of the actions directly arose from legislation of Parliament in respect of excise": see [1933] A.C. 508 at p. 521.

There is, therefore, a wide gulf between the situation in the *Rhine* case, now before this Court, and the situation in the *McNamara* case.

2. The *Prytula* Case

The legislation in the *Prytula* case, the *Canada Student Loans Act*, and the regulations thereunder provide for bank loans to students which carry a government guarantee of repayment to the lending bank upon the borrower's default and also entitle the Crown to be subrogated to the bank's rights against the defaulter. As in the case of the legislation in the *Rhine* case, so too here an agreement in a prescribed form must be executed, save that here the agreement is between the student borrower and the lending bank; the government is not a direct party to the agreement but is a guarantor under

être entendues ou tranchées. L'avocat représentant le procureur général a été assez franc pour admettre que sa thèse reposait sur la prétention que la Cour fédérale était compétente pour entendre toute réclamation de la Couronne fondée sur un contrat. J'ai déjà indiqué que cette thèse est insoutenable et que le par. 17(4) serait nettement *ultra vires* si c'était sa portée. Il n'est valide que dans la mesure où il reste dans les limites prescrites par l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Le raisonnement s'applique à la réclamation de la Couronne fondée sur le cautionnement tout comme à sa demande de dommages-intérêts contre McNamara. On a plaidé qu'il existait une différence parce que (1) le par. 16(1) de la *Loi sur les travaux publics*, maintenant S.R.C. 1970, c. P-38, oblige le ministre responsable à obtenir une garantie suffisante de l'exécution régulière d'un contrat visant des travaux publics et que (2) l'arrêt *Consolidated Distilleries c. Le Roi*, [[1930] R.S.C. 531], fait jurisprudence sur le droit de la Couronne d'invoquer la compétence de la Cour fédérale lorsqu'elle intente une action fondée sur un cautionnement. Aucun de ces arguments n'améliore la situation de la Couronne. Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les travaux publics* formule une exigence administrative, la nécessité d'une garantie, mais reste muet sur le droit régissant l'exécution de la garantie. L'arrêt *Consolidated Distilleries* porte sur une action fondée sur un cautionnement fourni en conformité d'une loi fédérale, la *Loi du Revenu de l'intérieur*, et, comme l'a souligné le Conseil privé [TRADUCTION] «l'objet des actions découlait directement d'une loi du Parlement portant sur l'accise» (voir [1933] A.C. 508 à la p. 521).

Il existe donc une profonde différence entre la situation dans l'affaire *Rhine*, dont nous sommes saisis, et celle dans l'affaire *McNamara*.

2. L'affaire *Prytula*

La législation applicable à l'affaire *Prytula*, savoir la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants* et son règlement d'application, prévoit que les prêts bancaires aux étudiants comportent un engagement du gouvernement à rembourser l'institution prêteuse sur défaut de l'emprunteur, et permet à Sa Majesté de se subroger dans les droits de la banque contre l'emprunteur en défaut. Comme dans l'affaire *Rhine*, la Loi exige la signature d'un accord en la forme prescrite, mais ici l'accord a lieu entre l'étudiant emprunteur et l'institution prêteuse; le gouvernement n'y est pas

the statute and a subrogee of the bank under regulations authorized by s. 13(*j*) of the statute.

As is correctly pointed out by the respondent in its factum, the *Canada Student Loans Act* and the regulations thereunder govern every aspect of the relationship between the borrowing student, the lending bank and the guaranteeing government. Resort must necessarily be had to the statute and regulations to support any legal claims, whether by the bank or by the government, or to determine the liability of the borrowing student. Moreover, subrogation of the Crown to the claim of the bank is expressly dealt with. The prescribed form of agreement between the student and the bank emphasizes this by the student's signed assertion that "I understand my obligations under this Act and the Regulations and . . . I shall repay my total indebtedness as required by the Act and Regulations". Once it is accepted, as it is here, that the Act and regulations are valid, I do not see how it can be doubted that there is here existing and applicable federal law to underpin the jurisdiction of the Federal Court.

3. Conclusion

The short answer to the issues raised by the appellants in the two cases is that each of the statutes with which they are respectively concerned provides for the advancing of federal funds or federally guaranteed funds to eligible individuals, as defined in the respective statutes and regulations, and also for repayment and the means for enforcing repayment. This is all a matter of the administration of a federal statute and is, therefore, within s. 101 of the *British North America Act*. Consequently, it supports jurisdiction in the Federal Court under s. 17(4)(*a*) of the *Federal Court Act*.

I would dismiss these appeals. There will be no order as to costs.

Appeals dismissed.

Amicus curiae: John J. Robinette, Toronto.

Solicitor for the plaintiff, respondent: Roger Tassé, Ottawa.

directement partie, mais il se porte garant en vertu de la Loi et est subrogé dans les droits de la banque en vertu du règlement établi sous le régime de l'al. 13*j*) de la Loi.

Comme l'intimée le signale avec raison dans son factum, la *Loi canadienne sur les prêts aux étudiants* et son règlement d'application régissent tous les aspects de la relation entre l'étudiant emprunteur, l'institution prêteuse et le gouvernement garant. Pour fonder une réclamation, qu'il s'agisse de celle de la banque ou du gouvernement, ou pour déterminer la responsabilité de l'étudiant emprunteur, il faut nécessairement recourir à la Loi et au règlement. En outre, la subrogation de Sa Majesté dans la réclamation de la banque est expressément prévue. La forme prescrite de l'accord entre l'étudiant et la banque souligne cette situation en faisant signer la déclaration par l'étudiant «je comprends mes obligations en vertu de la loi susdite et des règlements et . . . je rembourserai ma dette en totalité en conformité des prescriptions de la loi et des règlements». Une fois admis, comme c'est le cas ici, que la Loi et le règlement sont valides, je ne peux voir comment on peut mettre en doute qu'il existe en l'espèce une loi fédérale applicable qui appuie la compétence de la Cour fédérale.

3. Conclusion

La réponse simple aux questions soulevées par les appelants dans ces deux pourvois est que chacune des lois qui les concernent prévoit l'avance de fonds fédéraux ou de fonds garantis par le fédéral à des personnes admissibles, suivant la définition donnée dans les lois et règlements respectifs, ainsi que le remboursement et les moyens d'obtenir le remboursement. Tout cela fait partie de l'administration d'une loi fédérale et relève donc de l'art. 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Par conséquent, cela appuie la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'al. 17(4)*a*) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Je suis d'avis de rejeter ces pourvois. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvois rejetés.

Amicus curiae: John J. Robinette, Toronto.

Procureur de la demanderesse, intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Canadian Laboratory Supplies Ltd. *Appellant*;

and

Engelhard Industries of Canada Ltd. *Respondent.*

1980: December 18.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson and Estey JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO—REHEARING[1]

Judgments and orders — Costs — Money paid into Court by respondent to be paid out to appellant with accumulated interest.

J. J. Fitzpatrick, Q.C., for the appellant.

John Adams, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—It is ordered that the money paid into Court by the respondent on February 26, 1974, with the accumulated interest thereon, be paid out to the appellant, and it is further ordered that the costs awarded by the judgment of this Court delivered on May 8, 1979, be varied to provide that the appellant recover its costs at trial and in this Court and that the respondent recover its costs in the Ontario Court of Appeal.

There will be no costs of the rehearing.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Fitzpatrick, O'Donnell & Poss, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

[1] See [1979] 2 S.C.R. 787.

Canadian Laboratory Supplies Ltd. *Appelante*;

et

Engelhard Industries of Canada Ltd. *Intimée.*

1980: 18 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO—NOUVELLE AUDITION[1]

Jugements et ordonnances — Dépens — Paiement à l'appelante des fonds consignés à la Cour par l'intimée avec l'intérêt couru.

J. J. Fitzpatrick, c.r., pour l'appelante.

John Adams, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Il est ordonné que les fonds consignés à la Cour par l'intimée le 26 février 1974, avec l'intérêt couru, soient versés à l'appelante et il est en outre ordonné que le jugement rendu par cette Cour le 8 mai 1979 soit modifié quant aux dépens pour que l'appelante recouvre ses dépens en première instance et en cette Cour et que l'intimée recouvre ses dépens en Cour d'appel de l'Ontario.

Il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'égard de la nouvelle audition.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Fitzpatrick, O'Donnell & Poss, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Fraser & Beatty, Toronto.

[1] Voir [1979] 2 R.C.S. 787.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Robert Norman Sutherland, Fred Wilson and Thomas Wilson *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada *Intervener.*

1980: March 24; 1980: June 27.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Indians — Application of provincial law to Indians — Whether s. 49 of the Manitoba Wildlife Act ultra vires — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49 — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13, paras. 13, 24 — British North America Act, 1867, s. 91(24).

Indians — Hunting for food — Wildlife Management Area — Unoccupied Crown lands — Right of access — Unilateral amendment of Memorandum of Agreement — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49 — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13.

The respondents are treaty Indians residing on the Peguis Indian Reserve in Manitoba. They were apprehended while hunting deer for food in the Mantagao Lake Wildlife Management Area with the aid of spotlights and, as a result, were charged under s. 19(1) of *The Wildlife Act* of Manitoba. They were convicted in the Fisher Branch Provincial Judge's Court. They appealed unsuccessfully to the County Court, but the Court of Appeal, by a majority, allowed the appeal and directed a verdict of acquittal, holding that s. 49 of the Act is *ultra vires*. There are two issues raised in this Court: 1) A constitutional question stated as follows: Is s. 49 of *The Wildlife Act ultra vires* in whole or in part? 2) If s. 49 is *ultra vires*, do treaty Indians have a right of access to the Area, for the purpose of hunting game for food, at any time?

Held: The appeals should be dismissed.

With respect to the first issue: Pursuant to s. 49 of *The Wildlife Act*, land set aside and designated as a

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Robert Norman Sutherland, Fred Wilson et Thomas Wilson *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada *Intervenant.*

1980: 24 mars; 1980: 27 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Indiens — Application de la loi provinciale aux Indiens — L'article 49 de Wildlife Act du Manitoba est-il ultra vires? — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49 — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13, clauses 13, 24 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24).

Indiens — Chasse pour se nourrir — Aire de protection de la faune — Terres inoccupées de la Couronne — Droit d'accès — Modification unilatérale de la Convention — The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49 — The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13.

Les intimés sont des Indiens visés par un traité, résidant sur la réserve indienne Peguis au Manitoba. Ils ont été arrêtés alors qu'ils chassaient le chevreuil pour se nourrir dans l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao à l'aide de projecteurs. En conséquence, ils ont été accusés en vertu du par. 19(1) de *The Wildlife Act* du Manitoba. Ils ont été déclarés coupables en Cour des juges provinciaux de Fisher Branch. Ils ont été déboutés de leur appel à la Cour de comté, mais la Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et a ordonné un verdict d'acquittement déclarant l'art. 49 de la Loi *ultra vires*. Deux questions se posent à cette Cour: 1) Une question constitutionnelle formulée comme suit: l'article 49 de *The Wildlife Act* est-il entièrement ou partiellement *ultra vires*? 2) Si l'art. 49 est *ultra vires*, les Indiens visés par un traité ont-ils un droit d'accès à l'Aire de protection pour chasser le gibier pour se nourrir en tout temps?

Arrêt: Les pourvois sont rejetés.

Quant à la première question: conformément à l'art. 49 de *The Wildlife Act*, les terres réservées et désignées

wildlife management area is conclusively deemed to be occupied Crown lands to which Indians have no right of access for purposes of para. 13 of the Memorandum of Agreement approved under *The Manitoba Natural Resources Act*. By para. 13 the Province assures to the Indians the right to hunt game for food at all seasons of the year on all (i) unoccupied Crown lands and on (ii) any other lands to which the Indians may have a right of access. There is no doubt s. 49 is *ultra vires* in its entirety. The provision cannot purport to be a law of general application: Indians are singled out for special treatment, and s. 49 seeks to affect the status of Indians in respect of their constitutionally entrenched right to hunt for food. It is a blatant attempt to un-entrench the concluding words of para. 13. Moreover, the Province cannot arrogate to itself the right to amend unilaterally para. 13 by giving words a particular interpretation.

With respect to the second issue: The constitutional right of a province to enact game laws of general application is undoubted, as is the right to set aside reasonable and *bona fide* areas as game preserves without breaching para. 13 of the Memorandum of Agreement. Here, it is clear that the Area was one in which big game could legally be hunted and killed from time to time, and the evidence established the Area was occupied Crown lands. Was the Area, however, a land to which Indians had a "right of access" within the meaning of para. 13? Paragraph 13 should be given a broad and liberal construction. History supports such an interpretation as do the plain words of the proviso. The right assured is the right to hunt game for food at all seasons of the year on lands to which Indians have a right of access for hunting, trapping and fishing. Where, as here, the Province has allowed limited hunting to Indians and non-Indians alike, then non-dangerous hunting for food is permitted to the Indians regardless of provincial curbs on season, method or limit: Once any hunting is allowed, then under para. 13 all hunting by Indians is permissible if hunting for food. Should there be any ambiguity in the phrase "right of access" in para. 13 of the Memorandum of Agreement, the phrase should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph.

Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers et al., [1980] 1 S.C.R. 1031; *C.P.R. v. Notre Dame de Bonsecours Parish*, [1899] A.C. 367; *Kruger and Manuel v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. ex*

comme aires de protection de la faune sont péremptoirement censées être des terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens n'ont pas de droit d'accès aux fins de la clause 13 de la Convention, approuvée par *The Manitoba Natural Resources Act*. Selon la clause 13, la province garantit aux Indiens le droit de chasser le gibier pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes (i) les terres inoccupées de la Couronne et sur (ii) toutes autres terres auxquelles les Indiens peuvent avoir un droit d'accès. Il n'y a pas de doute que l'art. 49 est entièrement *ultra vires*. La disposition ne peut se vouloir une loi d'application générale: les Indiens se voient imposer un traitement particulier, et l'art. 49 vise à modifier le statut des Indiens relativement à leur droit constitutionnel intangible de chasser pour se nourrir. C'est une tentative flagrante de supprimer l'effet des derniers mots de la clause 13. De plus, la province ne peut s'arroger le droit de modifier unilatéralement la clause 13 en donnant aux mots une interprétation particulière.

Quant à la deuxième question: le droit constitutionnel d'une province, d'édicter des lois d'application générale relatives au gibier, est incontestable, tout comme le droit de désigner raisonnablement et de bonne foi des aires de protection de la faune, sans violer la clause 13 de la Convention. Ici, il est clair qu'il était permis à l'occasion de chasser le gros gibier, et que l'Aire est une terre occupée de la Couronne. L'Aire est-elle, toutefois, une terre à laquelle les Indiens ont un «droit d'accès» au sens de la clause 13? Il faudrait donner à la clause 13 une interprétation large et libérale. L'histoire appuie une telle interprétation tout comme le fait le texte même de la restriction. Le droit assuré est le droit de chasser le gibier pour se nourrir, en toute saison de l'année, sur les terres auxquelles les Indiens ont un droit d'accès pour chasser, piéger et pêcher. Lorsque, comme ici, la province donne un droit d'accès limité pour chasser à la fois aux Indiens et aux non-Indiens, il est alors permis aux Indiens de chasser pour se nourrir, pourvu qu'ils le fassent d'une manière non dangereuse, indépendamment des restrictions provinciales relatives aux saisons, aux méthodes ou à la limite de la prise: une fois la chasse permise, alors, conformément à la clause 13, les Indiens ont le droit de chasser ce qu'ils veulent pour se nourrir. Si l'expression «droit d'accès», à la clause 13 de la Convention est ambiguë, il faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis.

Jurisprudence: *Four B Manufacturing Ltd. c. United Garment Workers et autre*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *C.P.R. c. Paroisse Notre Dame de Bonsecours*, [1899] A.C. 367; *Kruger et Manuel c. La Reine*, [1978] 1

rel Clinton v. Strongquill (1953), 105 C.C.C. 262; *R. v. Mousseau*, [1980] 2 S.R.C. 89; *R. v. Smith* (1935), 3 D.L.R. 703; *Myran et al. v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137; *R. v. Wesley* (1932), 58 C.C.C. 269; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] S.C.R. 81; *R. v. McPherson* (1971), 2 W.W.R. 640; *Frank v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 95; *Cardinal v. Attorney General of Alberta*, [1974] S.C.R. 695, referred to.

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], allowing an appeal from the judgment of the County Court and directing a verdict of acquittal. Appeals dismissed.

A. G. Bowering and *M. J. Conklin*, for the appellant.

M. B. Nepon, Harvey I. Pollock, Q.C., and *Brenda Keyser*, for the respondents.

James Mabbutt and *Bruce A. MacFarlane*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The respondents are treaty Indians, residing on the Peguis Indian Reserve in Manitoba. On the early morning of October 2, 1976, they were apprehended while hunting deer for food in the Mantagao Lake Wildlife Management Area with the aid of spotlights and, as a result, were charged under s. 19(1) of *The Wildlife Act* of Manitoba, R.S.M. 1970, C. W140, with unlawfully at night using lighting or reflecting equipment for the purpose of hunting deer. They were convicted in the Fisher Branch Provincial Judges' Court. They appealed unsuccessfully to the County Court. Both courts relied upon s. 49 of *The Wildlife Act*, the constitutional validity of which is challenged in the present appeals. The Manitoba Court of Appeal, to which the convictions were further appealed, divided on the outcome. Mr. Justice Hall, with whom Chief Justice Freedman and Mr. Justice O'Sullivan concurred, would allow the appeals and direct a verdict of acquittal. Mr. Justice Monnin, Mr. Justice Guy concurring, would have dismissed the appeals. There are two issues raised:

[1] [1979] 2 W.W.R. 552.

R.C.S. 104; *R. ex rel Clinton v. Strongquill* (1953), 105 C.C.C. 262; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *R. v. Smith* (1935), 3 D.L.R. 703; *Myran et autres c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. v. Wesley* (1932), 58 C.C.C. 269; *Prince et Myron c. La Reine*, [1964] R.C.S. 81; *R. v. McPherson* (1971), 2 W.W.R. 640; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695.

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a accueilli un appel interjeté d'un jugement de la Cour de comté et a ordonné un verdict d'acquittement. Pourvois rejetés.

A. G. Bowering et *M. J. Conklin*, pour l'appelante.

M. B. Nepon, Harvey I. Pollock, c.r., et *Brenda Keyser*, pour les intimés.

James Mabbutt et *Bruce A. MacFarlane*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Les intimés sont des Indiens visés par un traité, résidant sur la réserve indienne Peguis au Manitoba. Tôt le matin du 2 octobre 1976, ils ont été arrêtés alors qu'ils chassaient le chevreuil pour se nourrir dans l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao à l'aide de projecteurs. En conséquence, ils ont été accusés en vertu du par. 19(1) de *The Wildlife Act* du Manitoba, R.S.M. 1970, chap. W140, d'avoir illégalement utilisé, la nuit, un appareil lumineux ou réfléchissant pour chasser le chevreuil. Ils ont été déclarés coupables en Cour des juges provinciaux de Fisher Branch. Leur appel à la Cour de comté a été rejeté. Les deux cours se sont appuyées sur l'art. 49 de *The Wildlife Act*, dont la constitutionnalité est contestée dans les présents pourvois. La Cour d'appel du Manitoba, devant laquelle les déclarations de culpabilité ont ensuite été portées, est divisée sur le résultat. Le juge Hall, à l'opinion duquel ont souscrit le juge en chef Freedman et le juge O'Sullivan, a accueilli les appels et ordonné un verdict d'acquittement. Le juge Monnin, à l'opinion duquel a souscrit le juge Guy, aurait rejeté les appels. Deux questions se posent:

[1] [1979] 2 W.W.R. 552.

1. A constitutional question, pursuant to the order of Chief Justice Laskin, namely: Is s. 49 of *The Wildlife Act ultra vires* in whole or in part? The Attorney General of Canada was granted leave to intervene in the appeal and filed a factum in which an affirmative answer to the constitutional question was sought. The Attorneys General of Saskatchewan and Ontario were also granted leave to intervene but withdrew before the hearing.

2. If s. 49 is *ultra vires*, do treaty Indians have a right of access to Mantagao Lake Wildlife Management Area, for the purpose of hunting game for food, at any time?

I

Section 49 of *The Wildlife Act* reads in this manner:

For all purposes in respect of the hunting or killing of wildlife, land set aside or designated as

(a) a refuge;
(b) a provincial recreation area;
(c) a provincial forest;
(d) a wildlife management area; or
(e) a community pasture;

under this Act or under any other Act of the Legislature shall be conclusively deemed to be occupied Crown lands to which Indians do not have a right of access for purposes of exercising any rights bestowed upon them under paragraph 13 of the Memorandum of Agreement approved under The Manitoba Natural Resources Act.

Land set aside and designated as a wildlife management area is thus conclusively deemed to be occupied Crown lands to which Indians have no right of access for purposes of para. 13 of the Memorandum of Agreement approved under *The Manitoba Natural Resources Act*. Paragraph 13 reads:

13. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping and fishing game and fish for

1. Une question constitutionnelle formulée dans l'ordonnance du juge en chef Laskin, savoir: L'article 49 de *The Wildlife Act* est-il entièrement ou partiellement *ultra vires*? Autorisation d'intervenir en l'espèce a été accordée au procureur général du Canada qui a déposé un mémoire dans lequel il demande une réponse affirmative à la question constitutionnelle. Autorisation d'intervenir a également été accordée aux procureurs généraux de la Saskatchewan et de l'Ontario, mais ils se sont désistés avant l'audition.

2. Si l'art. 49 est *ultra vires*, les Indiens visés par un traité ont-ils un droit d'accès à l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao pour chasser le gibier pour se nourrir en tout temps?

I

Voici le texte de l'art. 49 de *The Wildlife Act*:

[TRADUCTION] Pour toutes les fins relatives à la chasse ou à l'abattage de la faune, les terres réservées ou désignées comme

a) refuge;
b) aire récréative provinciale;
c) forêt provinciale;
d) aire de protection de la faune; ou
e) champs communaux;

en vertu de la présente loi ou de toute autre loi de la Législature sont péremptoirement censées être des terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens n'ont pas de droit d'accès pour exercer les droits que leur accorde la clause 13 de la Convention approuvée par The Manitoba Natural Resources Act.

Les terres réservées et désignées comme aires de protection de la faune sont donc péremptoirement censées être des terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens n'ont pas de droit d'accès aux fins de la clause 13 de la Convention, approuvée par *The Manitoba Natural Resources Act*. Voici le texte de la clause 13:

13. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au

food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

By para. 13 the Province assures to the Indians the right to hunt game for food at all seasons of the year on all (i) unoccupied Crown lands and on (ii) any other lands to which the Indians may have a right of access. It is readily apparent that the effect of s. 49 of *The Wildlife Act*, if valid, is thus to proclaim conclusively great tracts of Crown land within the Province to be (i) occupied Crown lands, excluded thereby from the "unoccupied Crown lands" referred to in para. 13; and (ii) lands to which the Indians do not have a right of access, excluded thereby from the "other lands", referred to in para. 13.

I do not think there is any doubt s. 49 of *The Wildlife Act* is beyond the constitutional competence of the Province of Manitoba and *ultra vires* in entirety. The provision cannot purport to be a law of general application. Section 49 has effect only against Indians and its sole purpose is to limit or obliterate a right Indians would otherwise enjoy. Indians are singled out for special treatment. While provincial law may apply to Indians, it can only do so " . . . as long as such laws do not single out Indians nor purport to regulate them *qua* Indians . . .". *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers et al.*[2] This legislation is clearly "in relation to" one class of citizens in object and purpose and is, therefore, in constitutional derogation of the right of the federal power to legislate in respect of Indians and lands reserved for the Indians under Head 24 of s. 91 of the *British North America Act*. See *C.P.R. v. Notre Dame de Bonsecours Parish*[3]; *Kruger and Manuel v. The Queen*[4]. As Mr. Justice Hall, speaking for a majority of the Manitoba Court of Appeal in the present case, observed: "It is one thing to deem certain lands to be occupied Crown lands to which the public, including Indians, have no right of

[2] [1980] 1 S.C.R. 1031.
[3] [1899] A.C. 367.
[4] [1978] 1 S.C.R. 104.

piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Aux termes de la clause 13, la province garantit aux Indiens le droit de chasser le gibier pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes (i) les terres inoccupées de la Couronne et sur (ii) toutes autres terres auxquelles les Indiens peuvent avoir un droit d'accès. Il est facile de comprendre que, s'il est valide, l'art. 49 de *The Wildlife Act* a ainsi pour effet de proclamer péremptoirement que de grandes étendues de terre de la Couronne à l'intérieur de la province sont (i) des terres occupées de la Couronne, ainsi exclues des «terres inoccupées de la Couronne» dont parle la clause 13; et (ii) des terres auxquelles les Indiens n'ont pas de droit d'accès, ainsi exclues des «autres terres», dont parle la clause 13.

Je ne crois pas qu'il soit douteux que l'art. 49 de *The Wildlife Act* excède la compétence constitutionnelle de la province du Manitoba et est entièrement *ultra vires*. La disposition ne peut se vouloir une loi d'application générale. L'article 49 ne touche que les Indiens et son seul but est de limiter ou d'annihiler un droit dont ils jouiraient autrement. Les Indiens se voient imposer un traitement particulier. Bien que la loi provinciale puisse s'appliquer aux Indiens, elle ne peut leur être applicable qu'« . . . en autant que ces lois ne visent pas uniquement les Indiens ni ne prétendent leur imposer une réglementation en tant qu'Indiens . . .». *Four B Manufacturing Ltd. c. United Garment Workers et autre*[2]. Il est manifeste que cette loi, de par son objet et son but, s'applique «relativement à» une catégorie de citoyens et déroge donc du point de vue constitutionnel au droit du fédéral de légiférer relativement aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens en vertu du par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Voir *C.P.R. c. Paroisse Notre Dame de Bonsecours*[3]; *Kruger et Manuel c. La Reine*[4]. Comme l'a fait remarquer le juge Hall, qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel du Manitoba en

[2] [1980] 1 R.C.S. 1031.
[3] [1899] A.C. 367.
[4] [1978] 1 R.C.S. 104.

access; it is quite another thing to deem the same lands to be occupied Crown lands to which Indians have no right of access."

The purpose of any "deeming" clause is to impose a meaning, to cause something to be taken to be different from that which it might have been in the absence of the clause. In the present instance, the patent purpose of s. 49 is to cause certain provincial forests, wildlife management areas, and the like, to be regarded as occupied whether or not, on the facts, they can properly be said to be occupied. The unoccupied is conclusively deemed to be occupied. Section 49 seeks to affect the status of Indians in respect of their constitutionally entrenched right to hunt for food. It is a blatant attempt to un-entrench the concluding words of para. 13 and, by taking lands out of the operation of para. 13, to derogate from rights granted to the Indians by the agreement.

There is a second, equally valid, reason for declaring s. 49 of *The Wildlife Act* to be *ultra vires*. The Province cannot arrogate to itself the right to amend, unilaterally, para. 13 of the Memorandum of Agreement of December 14, 1929 by giving words a particular interpretation. Paragraph 24 of that agreement makes provision for amendment in these words:

> The foregoing provisions of this agreement may be varied by agreement confirmed by concurrent statutes of the Parliament of Canada and the Legislature of the Province.

The changes sought to be effected in the agreement, by s. 49 of *The Wildlife Act*, were not accompanied either by an amending agreement, or by concurrent statutes of the Parliament of Canada and the Legislature of Manitoba. A provincial legislature may not pass laws to determine the scope of the protection afforded by the *Natural Resources Transfer Agreement*. If the laws have the effect of altering the agreement, they are

l'espèce: [TRADUCTION] «C'est une chose que de considérer que certaines terres sont des terres occupées de la Couronne auxquelles le public, y compris les Indiens, n'ont aucun droit d'accès; c'est tout autre chose que de considérer que les mêmes terres sont des terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens n'ont aucun droit d'accès.»

L'objet d'une disposition qui crée une «présomption» est d'imposer une signification, de faire en sorte qu'une chose soit interprétée différemment de ce qu'elle aurait été en l'absence de la disposition. En l'espèce, l'objet évident de l'art. 49 est de faire que certaines forêts et aires provinciales de protection de la faune ainsi que d'autres endroits semblables soient considérés comme occupés, peu importe que dans les faits ils le soient ou non. On détermine péremptoirement que ce qui est inoccupé est occupé. L'article 49 vise à modifier le statut des Indiens relativement à leur droit constitutionnel intangible de chasser pour se nourrir. C'est une tentative flagrante de supprimer l'effet des derniers mots de la clause 13 et, en retranchant certaines terres de son champ d'application, de déroger aux droits accordés aux Indiens par la convention.

Il y a une deuxième raison, tout aussi valable, de déclarer *ultra vires* l'art. 49 de *The Wildlife Act*. La province ne peut s'arroger le droit de modifier unilatéralement la clause 13 de la Convention du 14 décembre 1929 en donnant aux mots une interprétation particulière. La clause 24 de cette convention prévoit la possibilité d'apporter des modifications en ces termes:

> Les dispositions précédentes de la présente convention peuvent être changées d'un commun accord ratifié par des lois concurrentes du Parlement du Canada et de la législature de la province.

Les changements qu'on a voulu apporter à la convention, par l'art. 49 de *The Wildlife Act*, n'étaient accompagnés ni d'un accord de modification ni de lois concurrentes du Parlement du Canada et de la législature du Manitoba. Une législature provinciale ne peut adopter de lois pour déterminer l'étendue de la protection accordée par la *Convention sur les ressources naturelles*. Si les lois ont pour effet de modifier la convention, elles

constitutionally invalid; if not, they are mere surplusage.

Mr. Justice Gordon noted in *R. ex rel Clinton v. Strongquill*[5], that if the provincial Legislature had defined "game" as limited to jack rabbits, no one would have the temerity to suggest that such legislation was not *ultra vires* the Province. In *Strongquill*, the Court of Appeal of Saskatchewan dealt with s. 13 (2) of *The Game Act*, 1950, c. 76, of Saskatchewan, the purpose and effect of which was similar to s. 49 of *The Wildlife Act* of Manitoba. Two of the three judges in the majority in the Saskatchewan Court of Appeal, in separate concurring judgments, concluded that s. 13 (2) of *The Game Act* was *ultra vires*.

I hold that s. 49 of *The Wildlife Act* of Manitoba is wholly *ultra vires*.

II

The second, and more difficult, question which arises is whether, absent s. 49 of *The Wildlife Act*, the Indians have such right of access as would permit them to hunt game in the Mantagao Wildlife Management Area, at any time, for food.

The constitutional right of a province to enact game laws of general application is undoubted, as is the right, in order to secure the continuance of the supply of game, to set aside reasonable and *bona fide* areas as game preserves. Although the province may set aside such reserves without breaching para. 13 of the Memorandum of Agreement, it is only fair to note that land selected for such purpose, habitat where game is to be found, is the very land upon which the Indians otherwise could have hunted game for food, without regard to species of game, seasonal restrictions, bag limits, or the like.

Manitoba has set aside large chunks of the Province for wildlife management purposes: Regulation 306/74 lists forty-one such areas, some of which are of vast size. The Mantagao Lake area is

[5] (1953), 105 C.C.C. 262 (Sask. C.A.).

sont inconstitutionnelles; si elles ne la modifient pas, elles sont redondantes.

Le juge Gordon a fait remarquer dans *R. ex rel Clinton v. Strongquill*[5], que si la législature provinciale avait donné au mot «gibier» une définition qui le limite aux lièvres, personne n'aurait eu la témérité de prétendre qu'une telle loi n'était pas *ultra vires*. Dans l'arrêt *Strongquill*, la Cour d'appel de la Saskatchewan examinait le par. 13(2) de *The Game Act* de la Saskatchewan, 1950, chap. 76, dont le but et l'effet étaient semblables à ceux de l'art. 49 de *The Wildlife Act* du Manitoba. Deux des trois juges de la majorité en Cour d'appel de la Saskatchewan ont conclu, dans des jugements distincts mais au même effet, que le par. 13(2) de *The Game Act* était *ultra vires*.

Je suis d'avis que l'art. 49 de *The Wildlife Act* du Manitoba est entièrement *ultra vires*.

II

La deuxième question qui se pose est plus difficile. Il s'agit de savoir si, en l'absence de l'art. 49 de *The Wildlife Act*, les Indiens ont un droit d'accès qui leur permettrait de chasser le gibier, en tout temps, pour se nourrir dans l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao.

Le droit constitutionnel d'une province, d'édicter des lois d'application générale relatives au gibier, est incontestable, tout comme le droit de désigner raisonnablement et de bonne foi des aires de protection de la faune, afin d'assurer la continuité de l'approvisionnement en gibier. Bien que la province puisse désigner de telles réserves sans violer la clause 13 de la Convention, il n'est que juste de souligner que les terres choisies à cette fin, l'habitat où se trouve le gibier, sont les terres mêmes sur lesquelles les Indiens pourraient autrement chasser le gibier pour se nourrir, indépendamment des espèces de gibier, des restrictions saisonnières, des limites de prise ou d'autres considérations.

Le Manitoba a désigné de grands secteurs de la province à des fins de protection de la faune: le Règlement 306/74 en énumère quarante et un dont certains très vastes. L'Aire du lac Mantagao

[5] (1953), 105 C.C.C. 262 (C.A. Sask.).

No. 21. It comprises 190 square miles of forest, lake and marsh. There are a few buildings in the Area, mainly summer cottages, four or five in number. Three hundred and twenty-five acres are seeded to alfalfa as forage for the game. The Area supports deer, elk, moose, wolves, fur-bearing animals, and upland birds. The Province has engaged in deer-tagging studies, big game surveys in the winter, and an elk restocking program. On October 2, 1976 in the Mantagao Lake Wildlife Management Area, there was open hunting season for black bear, sharp-tailed grouse, ruffed grouse and spruce grouse. On that date, no deer hunting was permitted in the area or elsewhere in Manitoba. The deer hunting season had been closed for three years. In other years, if deer hunting was permitted elsewhere, it was permitted in the Area.

There were a number of large signs posted throughout the Area bearing such messages as "Elk restocking area. Hunters be sure to shoot only at legal game" and "Attention big game hunters, snowmobiles prohibited, except for the retrieving of lawfully killed big game animals." It is thus clear that the Area was one in which big game, including deer, could legally be hunted and killed from time to time, and in which limited hunting for black bear and grouse, though not for deer, was permitted on the day of the alleged offences. Two questions must now be addressed: (i) was the Area unoccupied Crown land?; (ii) if not, was it land to which Indians had a "right of access", within the meaning of para. 13 of the Memorandum of Agreement?

On the question as to whether the Area was unoccupied Crown land, we have a finding by Dureault C.C.J. that, quite apart from the deeming provisions of s. 49, the evidence established the Area are occupied Crown land. The Court of Appeal agreed, and I accept the concurrent findings, for the purpose of this case.

As occupied Crown lands, what then is the right of access, of the public and of the Indians, to the

porte le numéro 21. Elle s'étend sur 190 milles carrés de forêt, de lacs et de marais. Les quelques constructions qu'on y trouve sont surtout des chalets d'été, au nombre de quatre ou cinq. Trois cent vingt-cinq acres sont ensemencées de luzerne comme fourrage pour le gibier. On y trouve des chevreuils, des élans, des orignaux, des loups, des animaux à fourrure et des oiseaux des plaines. La province effectue des études de marquage du chevreuil, des recensements du gros gibier l'hiver, et a mis sur pied un programme de repeuplement de l'élan. Le 2 octobre 1976, dans l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao, la chasse était ouverte pour l'ours noir, la gélinotte à queue fine, la gélinotte huppée et le tétras des savanes. A cette date, la chasse au chevreuil était interdite dans l'Aire comme partout ailleurs au Manitoba. La chasse au chevreuil était fermée depuis trois ans. Les autres années, lorsque la chasse au chevreuil était permise ailleurs, elle l'était dans l'Aire.

Plusieurs grands écriteaux étaient placés d'un bout à l'autre de l'Aire portant des avis tels que [TRADUCTION] «Aire de repeuplement de l'élan. Chasseurs, assurez-vous de n'abattre que le gibier autorisé par la loi» et [TRADUCTION] «Attention, chasseurs de gros gibiers, les motoneiges sont interdites sauf pour rapporter le gros gibier légalement tué». Il est donc évident qu'il était permis à l'occasion de chasser le gros gibier, dont le chevreuil, sur ces terres et que le jour où se sont produites les infractions imputées, il était permis d'y chasser l'ours noir et la gélinotte, mais non le chevreuil. Il faut maintenant se poser deux questions: (i) l'Aire est-elle une terre inoccupée de la Couronne?; (ii) dans la négative, est-ce une terre à laquelle les Indiens ont un «droit d'accès», au sens de la clause 13 de la Convention?

Relativement à la question de savoir si l'Aire est une terre inoccupée de la Couronne, le juge Dureault de la Cour de comté a conclu qu'indépendamment de la présomption de l'art. 49, la preuve établit que l'Aire est une terre occupée de la Couronne. Cette conclusion a reçu l'accord de la Cour d'appel et j'accepte les conclusions concordantes aux fins de cette affaire.

Quel droit d'accès ont alors le public et les Indiens à l'Aire de protection de la faune du lac

Mantagao Lake Wildlife Management Area? If the Crown confers upon the public a limited right of access for hunting, do Indians, under para. 13, automatically enjoy *unlimited* hunting rights?

In reasons for judgment recently delivered in *R. v. Mousseau*[6] (May 6, 1980), I have expressed the view that "right of access" as used in para. 13 means "access for the purpose of hunting, trapping and fishing game and fish". I would give the phrase a like meaning in the case at bar.

It is arguable that where the Crown has validly occupied lands, there is *prima facie* no right of access, as is the case with land occupied by private owners, save and except that right of access the Crown confers on the public and/or Indians, as occupant of the land. In the Management Area the Crown has granted public access to hunt, but *on certain terms*. The Province cannot deny access to Indians while granting it to the public, but the Province can deny access for purposes of hunting which binds Indians and non-Indians alike. In consonance with this line of argument, the Crown contends that the only lands to which the Indians have right of hunting under the proviso to para. 13 are unoccupied Crown lands and Indian reserves. It is said *R. v. Smith*[7], supports this contention. The Saskatchewan Court of Appeal in that case confirmed the conviction on a charge of carrying a rifle on a game preserve. Turgeon J.A. said:

> Any so called "right" of access which the Indians may enjoy in respect to this preserve is, so far as we were shown, merely the privilege accorded to all persons to enter the preserve *without carrying fire-arms*. We were not told of any special, peculiar right of access to this preserve conferred upon or enjoyed by the Indians. (at p. 707)

Martin J.A. spoke to the same effect:

> Indians undoubtedly have a right of access to certain reserves set apart for them and upon which they reside but they have no right of access to game preserves

[6] [1980] 2 S.C.R. 89.
[7] [1935] 3 D.L.R. 703 (Sask. C.A.).

Mantagao en tant que terre occupée de la Couronne? Si la Couronne donne au public un droit d'accès limité pour la chasse, les Indiens jouissent-ils automatiquement de droits de chasse *illimités* en vertu de la clause 13?

Dans les motifs de l'arrêt *R. c. Mousseau*[6] rendu récemment (le 6 mai 1980), j'ai exprimé l'opinion que l'expression «droit d'accès» employée à la clause 13 signifie «accès pour chasser, prendre le gibier au piège et pêcher le poisson». Je suis d'avis d'interpréter l'expression de la même façon en l'espèce.

On peut prétendre que lorsque la Couronne occupe validement des terres, il n'y a, à première vue, aucun droit d'accès, tout comme dans le cas de terres occupées par des propriétaires privés, sous réserve du droit d'accès que la Couronne, en tant qu'occupante de la terre, donne au public ou aux Indiens. Dans l'Aire de protection, la Couronne a donné au public l'accès pour chasser, mais *à certaines conditions*. La province ne peut refuser l'accès aux Indiens alors qu'elle le donne au public, mais elle peut le refuser aux fins de la chasse, ce qui lie pareillement Indiens et non-Indiens. Conformément à ce raisonnement, la Couronne prétend que les seules terres sur lequelles les Indiens ont le droit de chasser aux termes de la restriction de la clause 13 sont les terres inoccupées de la Couronne et les réserve indiennes. On allègue que l'arrêt *R. v. Smith*[7], appuie cette prétention. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la déclaration de culpabilité sur une accusation d'avoir transporté une carabine sur une réserve de gibier. Le juge Turgeon a dit:

> [TRADUCTION] Le seul prétendu «droit» d'accès à cette réserve dont peuvent jouir les Indiens est simplement le privilège accordé à toute la population d'entrer dans la réserve *sans transporter d'armes à feu*. On ne nous a pas signalé que les Indiens aient reçu un droit d'accès spécial, particulier à cette réserve, ou qu'ils jouissent de pareil droit. (à la p. 707)

Le juge Martin s'est exprimé dans le même sens:

> [TRADUCTION] Les Indiens ont sans aucun doute un droit d'accès à certaines réserves mises de côté pour eux et qu'ils habitent, mais ils n'ont pas plus de droit d'accès

[6] [1980] 2 R.C.S. 89
[7] [1935] 3 D.L.R. 703 (C.A. Sask.).

beyond that accorded to all other persons and they are subject, as all persons are, to the provisions of s. 69 of *The Game Act*. (at p. 710)

I am not prepared to accept the argument of the Crown. The Indians' right to hunt for food under para. 13 is paramount and overrides provincial game laws regulating hunting and fishing. The Province may deny access for hunting to Indians and non-Indians alike but if, as in the case at bar, limited hunting is allowed, then under para. 13, non-dangerous *(Myran et al. v. The Queen*[8]) hunting for food is permitted to the Indians, regardless of provincial curbs on season, method or limit. (See *R. v. Wesley*[9]; *Prince and Myron v. The Queen*[10]; *R. v. McPherson*[11].) It seems to me that this is the true meaning and intent of para. 13.

Paragraph 13 of the Memorandum of Agreement will, I think, be better understood if brief reference is made to two treaties which applied to Indians in Manitoba, Treaty No. 4 and Treaty No. 5. In *Frank v. The Queen*[12] where consideration was given to para. 12 of the Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement, virtually identical to para. 13 of the Manitoba Agreement, this Court had this to say at p. 100:

It would appear that the overall purpose of para. 12 of the *Natural Resources Transfer Agreement* was to effect a merger and consolidation of the treaty rights theretofore enjoyed by the Indians but of equal importance was the desire to re-state and reassure to the treaty Indians the continued enjoyment of the right to hunt and fish for food. See *R. v. Wesley; R. v. Smith; R. v. Strongquill.*

By Treaty No. 4, dated September 4, 1870, the Cree and Salteaux tribes ceded, released, surrendered and yielded up to the Government of the Dominion of Canada a large part of what is now the Province of Manitoba in exchange for reserves (one square mile for family of five), small cash

[8] [1976] 2 S.C.R. 137.
[9] (1932), 58 C.C.C. 269.
[10] [1964] S.C.R. 81.
[11] [1971] 2 W.W.R. 640.
[12] [1978] 1 S.C.R. 95.

aux réserves pour le gibier que celui accordé au reste de la population et ils sont, comme lui, soumis aux dispositions de l'art. 69 de *The Game Act*. (à la p. 710)

Je ne suis pas disposé à accepter l'argument de la Couronne. Le droit des Indiens de chasser pour se nourrir aux termes de la clause 13 est prépondérant et surpasse les lois provinciales sur la protection de la faune, qui régissent la chasse et la pêche. La province peut refuser le droit d'accès pour chasser à la fois aux Indiens et aux non-Indiens, mais si, comme en l'espèce, une chasse limitée est permise, alors, aux termes de la clause 13, il est permis aux Indiens de chasser pour se nourrir, pourvu qu'ils le fassent d'une manière non dangereuse (*Myran et autres c. La Reine*[8]), indépendamment des restrictions provinciales relatives aux saisons, aux méthodes ou à la limite de prise. (Voir *R. v. Wesley*[9]; *Prince et Myron c. La Reine*[10]; *R. v. McPherson*[11].) Tels me semblent être le sens et l'intention véritables de la clause 13.

Il sera à mon avis plus facile de comprendre la clause 13 de la Convention si l'on parle brièvement de deux traités qui s'appliquent aux Indiens du Manitoba, le traité nº 4 et le traité nº 5. Dans l'arrêt *Frank c. La Reine*[12] où l'on a examiné la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles de la Saskatchewan, pratiquement identique à la clause 13 de la Convention du Manitoba, cette Cour s'est exprimée ainsi à la p. 100:

Il semble que le but essentiel de l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles était d'unifier et de codifier les droits reconnus aux Indiens dans les traités, mais également de réaffirmer et de garantir aux Indiens visés par les traités le droit de chasser et de pêcher pour leur subsistance. Voir les arrêts *R. v. Wesley*; *R. v. Smith*; *R. v. Strongquill.*

Aux termes du traité nº 4, en date du 4 septembre 1870, les tribus des Cris et des Saulteux ont cédé, abandonné, transféré et remis au gouvernement du Dominion du Canada une grande partie de ce qui constitue maintenant la province du Manitoba en échange de réserves (un mille carré

[8] [1976] 2 R.C.S. 137.
[9] (1932), 58 C.C.C. 269.
[10] [1964] R.C.S. 81.
[11] [1971] 2 W.W.R. 640.
[12] [1978] 1 R.C.S. 95.

payments, powder, shot, ball and twine and gardening and carpenters' tools. Of historic interest in the present case is the following provision contained in Treaty No. 4:

> And further, Her Majesty agrees that Her said Indians shall have right to pursue their avocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining or other purposes, under grant or other right given by Her Majesty's said Government.

Treaty No. 5 was concluded at Berens River on September 20, 1875 and at Norway House on September 24, 1875, with the Salteaux and Swampy Creek tribes. The Indians surrendered a tract embracing an area of 100,000 square miles, in exchange for reserves (160 acres for each family of five), $5 per person, ammunition, twine for nets and tools. The treaty assured the Indians the "right" to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered, in terms similar to those found in Treaty No. 4.

Paragraph 13 of the Memorandum of Agreement, it is true, makes provincial game laws applicable to the Indians within the boundaries of the Province, but with the large and important proviso that assures them, *inter alia*, the "right" to hunt game at all seasons of the year for food on lands to which the Indians may have a right of access. This proviso should be given a broad and liberal construction. History supports such an interpretation as do the plain words of the proviso. The right assured is, in my view, the right to hunt game (any and all game), for food, at all seasons of the year (not just "open seasons") on lands to which they have a right of access (for hunting, trapping and fishing). An interpretation which would recognize in Indians only the right of access accorded all other persons, in the absence of proof of a "special" peculiar right of access" has the effect of largely obliterating the right of hunting for food provided for in the proviso. The question is not so much one of proving a special right of access, but

par famille de cinq), de petits montants d'argent comptant, de la poudre, des plombs, des balles, de la ficelle à filets et des outils de jardinage et de menuiserie. Les dispositions suivantes du traité nº 4 présentent un intérêt historique en l'espèce:

> [TRADUCTION] Et de plus, Sa Majesté consent à ce que lesdits Indiens aient la droit de continuer à chasser, et à pêcher sur tous les territoires cédés, sous réserve des règlements que peut établir à l'occasion le gouvernement du pays, agissant sous l'autorité de Sa Majesté, et à l'exception des parcelles de terrain qui peuvent à l'occasion être requises ou utilisées à des fins de colonisation, d'exploitation minière ou autre, en vertu d'une concession ou autre droit donné par ledit gouvernement de Sa Majesté.

Le traité nº 5 a été signé à Berens River le 20 septembre 1875 et à Norway House le 24 septembre 1875, avec les tribus des Saulteux et des Maskégons. Les Indiens ont cédé des terres comprenant un territoire de 100,000 milles carrés en échange de réserves (160 acres par famille de cinq), $5 par personne, des munitions, de la ficelle à filets et des outils. Le traité garantissait aux Indiens le «droit» de continuer à chasser et à pêcher sur les étendues de terre cédées, dans des termes semblables à ceux que l'on trouve dans le traité nº 4.

Il est vrai que la clause 13 de la Convention prévoit que les lois provinciales relatives au gibier s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province, mais sous réserve d'une restriction importante qui leur assure, notamment, le «droit» de chasser le gibier pour se nourrir en toute saison de l'année sur les terres auxquelles ils peuvent avoir un droit d'accès. Il faut donner une interprétation large et libérale à cette restriction. L'histoire appuie une telle interprétation tout comme le fait le texte même de la restriction. Le droit assuré est, à mon avis, le droit de chasser le gibier (toute sorte de gibier) pour se nourrir, en toute saison de l'année (non seulement pendant «les saisons de chasse») sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès (pour chasser, piéger et pêcher). Une interprétation qui ne reconnaîtrait aux Indiens que le droit d'accès accordé au reste de la population, en l'absence de preuve d'un «droit d'accès spécial et particulier», aurait l'effet d'annihiler, dans une large mesure, le droit de chasser pour se nourrir

rather one of deciding what type of hunting is permitted, a right of access (at least for certain purposes) being unquestioned. Is the Indian limited to hunting the game which non-Indians may hunt at the particular time, *e.g.* black bear and grouse, or may the Indian exercise his right to hunt any type of game for food at any time?

In *R. v. Wesley, supra*, Lunney J. A. considered and rejected the argument that if the proviso had a wide construction it would render nugatory that Indians shall be subject to the game laws of the Province. He properly drew a distinction between the sportsman and the man who is seeking food for the sustenance of himself and his family.

McGillivray J.A. in the same case, in a judgment which has received much favourable comment, adopted the argument of counsel for the accused that "having regard to the proviso at the end of this section an Indian is entitled to hunt any wild animal of any age at any season of the year in any manner he sees fit provided always that he is hunting for food, on unoccupied Crown lands or other lands to which he has a right of access" (at p. 275). At pp. 275-6 of the report, the following passage appears which, with respect, I would adopt:

> It seems to me that the language of s. 12 is unambiguous and the intention of Parliament to be gathered therefrom clearly is to assure to the Indians a supply of game in the future for their support and subsistence by requiring them to comply with the game laws of the Province, subject however to the express and dominant proviso that care for the future is not to deprive them of the right to satisfy their present need for food by hunting and trapping game, using the word "game" in its broadest sense, at all seasons on unoccupied Crown lands or other land to which they may have a right of access.

The Court's conclusions are found in the following passage, quoted by my brother Martland in *Cardi-*

prévu dans la restriction. La question n'est pas tellement d'établir un droit spécial d'accès mais plutôt de déterminer le type de chasse permise, puisque le droit d'accès (du moins à certaines fins) n'est pas contesté. L'Indien peut-il seulement chasser le gibier que les non-Indiens peuvent chasser à ce moment, par ex. l'ours noir et la gélinotte, ou l'Indien peut-il exercer son droit de chasser tout gibier en tout temps pour se nourrir?

Dans l'arrêt *R. v. Wesley*, précité, le juge Lunney de la Cour d'appel a examiné et rejeté l'argument qu'une interprétation large de la restriction rendrait inefficace la disposition portant que les Indiens sont assujettis aux lois provinciales relatives au gibier. Il a fait à bon escient une distinction entre le sportif et l'homme qui cherche à assurer sa subsistance et celle de sa famille.

Dans la même affaire le juge McGillivray, dans un jugement qui a reçu des commentaires très favorables, a adopté l'argument de l'avocat de l'accusé que [TRADUCTION] «compte tenu de la restriction à la fin de cet article, un Indien a le droit de chasser tout animal sauvage quel que soit l'âge de l'animal ou la saison de l'année, de la façon qu'il juge appropriée, à la condition toujours qu'il chasse pour se nourrir, sur des terres inoccupées de la Couronne ou d'autres terres auxquelles il a un droit d'accès» (à la p. 275). Aux pp. 275 et 276 du recueil, on trouve le passage suivant qu'avec égard, je désire adopter:

> [TRADUCTION] Il me semble que le texte de l'art. 12 est clair et que l'intention du Parlement qui s'en dégage est vraiment d'assurer aux Indiens l'approvisionnement en gibier dans l'avenir pour leur entretien et leur subsistance en exigeant qu'ils se conforment aux lois provinciales relatives au gibier, sous réserve toutefois de la restriction expresse dominante que les précautions pour l'avenir ne doivent pas les priver du droit de satisfaire à leur besoin actuel de se nourrir en chassant et piégeant le gibier, en prenant le mot «gibier» dans son sens le plus large, en toute saison sur les terres inoccupées de la Couronne ou d'autres terres auxquelles ils peuvent avoir un droit d'accès.

On trouve les conclusions de la cour dans le passage suivant, cité par mon collègue le juge Mart-

nal v. Attorney General of Alberta[13] and by Mr. Justice Hall in the earlier case of *Prince and Myron v. The Queen., supra*:

If the effect of the proviso is merely to give to the Indians the extra privilege of shooting for food "out of season" and they are otherwise subject to the game laws of the Province, it follows that in any year they may be limited in the number of animals of a given kind that they may kill even though that number is not sufficient for their support and subsistence and even though no other kind of game is available to them. I cannot think that the language of the section supports the view that this was the intention of the law makers. I think the intention was that in hunting for sport or for commerce the Indian like the white man should be subject to laws which make for the preservation of game but in hunting wild animals for the food necessary to his life, the Indian should be placed in a very different position from the white man who generally speaking does not hunt for food and was by the proviso to s. 12 reassured of the continued enjoyment of a right which he has enjoyed from time immemorial. (at p. 276)

In the *Strongquill* case, *supra*, the accused, a treaty Indian, hunting for food, killed a moose in the Porcupine Forest Reserve, also known as fur conservation area No. 103 in the Province of Saskatchewan, at a time when the hunting and killing of moose was prohibited, but the season for hunting of other big game was open. As I read the judgments, a majority of the Court held that if the Indians had access to hunt, limitation could not be placed on that access. That is to say, once *any* hunting is allowed, then under para. 13 *all* hunting by Indians is permissible, if hunting for food. Each of the three judges in the majority (Gordon, Procter and McNiven JJ.A.) delivered a separate judgment. Mr. Justice Gordon distinguished *R. v. Smith, supra*, on the ground that in *Smith* the accused Indian was hunting on a game preserve on which all hunting was absolutely prohibited. In setting aside the conviction he said, at p. 260: "The accused having the right of access to the forest reserve in question to hunt for big game, I think he had the right to shoot moose provided it was needed for food"—and—" . . . the Indians should be preserved before moose." The following passage

[13] [1974] S.C.R. 695.

land dans *Cardinal c. Procureur général de l'Alberta*[13] et par le juge Hall dans l'arrêt antérieur, *Prince et Myron c. La Reine*, précité:

[TRADUCTION] Si la réserve a simplement pour effet d'accorder aux Indiens le privilège additionnel de chasser pour se nourrir «hors saison» et s'ils sont pour le reste assujettis aux lois provinciales sur la chasse, il s'ensuit qu'une année, on peut restreindre le nombre d'animaux d'une espèce donnée qu'ils peuvent tuer même si ce nombre n'est pas suffisant pour leur subsistance et entretien et même si aucune autre espèce de gibier ne leur est accessible. Je ne crois pas que ce soit là, d'après le texte de l'article, l'intention du législateur. Je crois que la loi entendait assujettir l'Indien comme le Blanc aux lois visant la conservation de la faune quand ils pratiquent la chasse sportive ou commerciale sauf que, en chassant des animaux sauvages pour se procurer la nourriture nécessaire à la vie, l'Indien devait être placé dans une position très différente du Blanc qui, d'une manière générale, ne chasse pas pour se nourrir, et devait, de par la réserve de l'art. 12, se voir assuré de la jouissance continue d'un droit qu'il avait depuis des temps immémoriaux. (à la p. 276)

Dans l'affaire *Strongquill*, précitée, l'accusé, un Indien visé par un traité, chassait pour se nourrir; il a tué un orignal dans la réserve de Porcupine Forest, également connue comme aire de protection des animaux à fourrure n° 103 dans la province de la Saskatchewan, à une époque où il était interdit de chasser l'orignal, mais alors que la saison de chasse des autres sortes de gros gibiers était ouverte. Selon mon interprétation des motifs du jugement, la Cour à la majorité a statué que si les Indiens avaient accès pour chasser, on ne pouvait limiter cet accès. C'est-à-dire que lorsqu'*un* type de chasse est permis, alors, en vertu de la clause 13, les Indiens sont autorisés à pratiquer *tous* les types de chasse, s'ils chassent pour se nourrir. Chacun des trois juges de la majorité (les juges Gordon, Procter et McNiven) a rendu un jugement distinct. Le juge Gordon a fait une distinction entre cette affaire-là et *R. v. Smith*, précité, pour le motif que dans *Smith*, l'Indien accusé chassait sur une réserve de gibier où toute chasse était absolument interdite. En annulant la déclaration de culpabilité il a dit, à la p. 260: [TRADUCTION] «Ayant droit d'accès à la réserve forestière

[13] [1974] R.C.S. 695.

is taken from the reasons of Mr. Justice McNiven, at pp. 266-7:

The justice of the peace in par. 6 of the stated case has found that "the area known as Porcupine Provincial Forest Reserve and also as fur conservation area No. 103 was open to any visiting hunters who have a licence and they are permitted to hunt over that area which is crown lands." Such being the case Strongquill apart from the other legislation to which I have referred had the same "right of access" to the crown land in the Porcupine Forest Reserve and fur conservation area, No. 103, as the other hunters referred to in para. 6 of the stated case. Having such access to that crown land it was lawful for him to kill the moose for food under the special right reserved to him by par. 12 of the agreement hereinbefore referred to notwithstanding that the killing of moose in the province generally was prohibited.

Mr. Justice McNiven also had this to say, at p. 271:

In addition in the stated case there is the fact that the area in question "was open to any visiting hunters who have a licence and they are permitted to hunt over that area which is Crown lands." In my opinion the accused, a treaty Indian, had a right of access to the said land, a right to hunt thereon for and kill the said moose for food irrespective of the provincial *Game Act*, 1950.

In the case at bar, Mr. Justice Hall dealt briefly with the point under discussion, in these words:

The evidence establishes that factually the area was occupied Crown land to which the Indians had and exercised a right of access. Therefore, but for the deeming provision (sec. 49(d)), the conviction cannot be allowed to stand.

If there is any ambiguity in the phrase "right of access" in para. 13 of the Memorandum of Agreement, the phrase should be interpreted so as to resolve any doubts in favour of the Indians, the beneficiaries of the rights assured by the paragraph. Any attempt to construe "access" in limited terms as, for example, to hunt the particular type of game which non-Indians could legally hunt at

en question pour chasser le gros gibier, l'accusé avait, à mon avis, le droit de chasser l'orignal si cela lui était nécessaire pour se nourrir»—et—[TRADUCTION] « ... la protection des Indiens passe avant celle des orignaux.» Le passage suivant est extrait des motifs du juge McNiven, aux pp. 266 et 267:

[TRADUCTION] Selon le par. 6 de l'exposé de cause, le juge de paix a conclu que «la région connue sous le nom de réserve provinciale de Porcupine Forest et également comme aire de protection des animaux à fourrure nº 103 est accessible à tout chasseur qui s'y rend muni d'un permis et la chasse peut être pratiquée dans cette aire qui est une terre de la Couronne.» Ceci étant, et mis à part les autres lois dont j'ai fait mention, Strongquill avait le même «droit d'accès» aux terres de la Couronne de la réserve de Porcupine Forest et aire de protection des animaux à fourrure nº 103, que les autres chasseurs mentionnés au par. 6 de l'exposé de cause. Ayant ce droit d'accès, il était légal pour lui de tuer l'orignal pour se nourrir conformément au droit spécial que lui confère la clause 12 de la convention susmentionnée, indépendamment d'une interdiction générale dans la province de tuer l'orignal.

Le juge McNiven a aussi ajouté à la p. 271:

[TRADUCTION] L'exposé de cause nous révèle en plus que l'aire en question «est accessible à tout chasseur qui s'y rend muni d'un permis et la chasse peut être pratiquée dans cette aire qui est une terre de la Couronne.» A mon avis, l'accusé, un Indien visé par un traité, avait un droit d'accès à ladite terre, un droit d'y chasser l'orignal pour se nourrir indépendamment de la loi provinciale, *The Game Act*, 1950.

En l'espèce, le juge Hall a examiné brièvement le point à l'étude, comme suit:

[TRADUCTION] La preuve établit qu'en fait l'aire est une terre occupée de la Couronne sur laquelle les Indiens ont et exercent un droit d'accès. Donc, sans la disposition créant une présomption (al. 49d)), la déclaration de culpabilité ne peut tenir.

Si l'expression «droit d'accès», à la clause 13 de la Convention, est ambiguë, il faut l'interpréter de façon à résoudre tout doute en faveur des Indiens, les bénéficiaires des droits ainsi garantis. Toute tentative d'interpréter «accès» d'une façon limitative, par exemple, pour chasser un type particulier de gibier que les non-Indiens pouvaient légalement chasser à l'époque, irait, me semble-t-il, à l'encon-

the time would, it seems to me, run counter to the authorities to which I have referred and so dilute the word "access" as to make meaningless the assurance embodied in the proviso to para. 13.

I would dismiss the appeals and answer the constitutional question formulated by the Chief Justice in this manner: Section 49 of *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, c. W140, is wholly *ultra vires*. There should be no order as to costs for or against any of the parties or for or against the intervener Attorney General of Canada.

Appeals dismissed.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney-General, Winnipeg.

Solicitors for the respondents: Pollock & Company, Winnipeg.

Solicitor for the Attorney General of Canada: The Regional Director, Department of Justice, Winnipeg.

tre de la jurisprudence que j'ai mentionnée et atténuerait la portée du mot «accès» de façon à dénuer de sens la garantie incorporée dans la restriction de la clause 13.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef de la façon suivante: L'article 49 de *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, chap. W140, est entièrement *ultra vires*. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour ou contre les parties ou pour ou contre l'intervenant, le procureur général du Canada.

Pourvois rejetés.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général, Winnipeg.

Procureurs des intimés: Pollock & Company, Winnipeg.

Procureur du procureur général du Canada: Le directeur régional du ministère de la Justice, Winnipeg.

The Attorney General of British Columbia (*Defendant*) *Appellant*;

and

The Canada Trust Company and Olga Ellett, executors and trustees of the Estate of Francis Ely Ellett, deceased (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada, The Attorney General of Quebec, The Attorney General of Nova Scotia and The Attorney General of Manitoba *Interveners.*

1979: November 29; 1980: June 27.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Taxation — Succession duties — Whether residence of beneficiary within taxing province furnishes sufficient basis for imposition of succession duty where property situated outside province and deceased dies domiciled elsewhere — Whether tax in personam or in rem — Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, c. 372, s. 6A.

The late Francis Ely Ellett died September 2, 1975, domiciled and ordinarily resident in Alberta. By his will he left a life estate to his widow Olga Ellett, domiciled in Alberta, and the remainder to three relatives resident in British Columbia. The estate consisted of personal property located in Alberta, having a gross value of $236,221. The Minister of Finance of British Columbia, relying upon s. 6A of *The Succession Duty Act*, purported to assess succession duty in the sum of $30,646. The duty was paid by the executors on behalf of the remaindermen under protest and payment was accompanied by a denial of liability. The executors then issued a statement of claim seeking a declaration that s. 6A was *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia, and claiming repayment of the sums paid to the Province.

The Supreme Court of British Columbia pronounced s. 6A *ultra vires* of the Province and the appeal was dismissed by a majority by the Court of Appeal. On the appeal to this Court, the following constitutional question was stated: Is s. 6A of *The Succession Duty Act* of

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

et

La Compagnie Trust Canada et Olga Ellett, exécutrices et fiduciaires de la succession de feu Francis Ely Ellett (*Demanderesses*) *Intimées*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général du Manitoba *Intervenants.*

1979: 29 novembre; 1980: 27 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard.

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

Droit constitutionnel — Droit fiscal — Droits successoraux — La résidence d'un bénéficiaire dans les limites d'une province taxatrice fournit-elle un fondement suffisant à l'imposition de droits successoraux lorsque les biens sont situés à l'extérieur de la province et que le défunt n'y était pas domicilié au moment de son décès? — S'agit-il d'un impôt personnel ou réel? — Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, chap. 372, art. 6A.

Feu Francis Ely Ellett, domicilié en Alberta et y résidant, est décédé le 2 septembre 1975. Par son dernier testament, il a laissé un droit viager à sa veuve, Olga Ellett, domiciliée en Alberta, et le reliquat à trois parents qui résident en Colombie-Britannique. La succession se composait de biens mobiliers situés en Alberta, ayant une valeur brute de $236,221. S'appuyant sur l'art. 6A de *The Succession Duty Act*, le ministre des Finances de la Colombie-Britannique a voulu prélever des droits successoraux s'élevant à $30,646. Les droits ont été payés sous réserve par les exécutrices au nom des appelés et le paiement était accompagné d'une dénégation d'assujettissement. Les exécutrices ont alors intenté cette action visant à faire déclarer que l'art. 6A excède les pouvoirs de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique et réclamant le remboursement des sommes payées à la province.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré l'art. 6A *ultra vires* et la Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel. Au pourvoi devant cette Cour, la question constitutionnelle suivante a été formulée: l'article 6A de *The Succession Duty Act* de la Colom-

British Columbia within the legislative competence of the Legislature of British Columbia?

Held: The appeal should be allowed.

The underlying question in the appeal was whether the residence of a beneficiary within a taxing province furnishes a sufficient basis for the imposition of a succession duty where the property is situated outside the province and the deceased dies domiciled elsewhere. The Legislatures of the provinces have authority to make laws in relation to "direct taxation within the Province" (*B.N.A. Act*, s. 92(2)), which encompasses estate tax and succession duties, both of which have been described as direct taxes. In the face of clear authority, it would seem unarguable that a province could levy a succession duty on a beneficiary found within the province, and calculate the tax with reference to the value of property situate elsewhere and passing on the death of a person domiciled elsewhere. If the Canadian Constitution is to be regarded as a living tree and legislative competence as essentially dynamic—which they are—, the phrase "within the province" need not be given the construction that it would have borne in 1867, and even if a fixed 1867 category approach be adopted in respect of "direct" and "indirect", there is no authority which would warrant its application in the interpretation of the phrase "within the province" and there is no reason in principle why "persons within the Province" should not also be a permissible subject-matter for succession duty legislation. When a province decides to impose a succession duty, it is not in the position of having to choose to levy a direct tax upon property, or upon the basis of the artificial sub-category, "transmission of property", or upon the beneficiaries. The province may, constitutionally, tax on any or all of these bases, provided always that the subject-matter of the tax is situated within the province.

The correct approach to the identification of the subject-matter of a taxing statute is to examine the Act, as a whole, and not merely the charging sections. Here, in view of the wording of the Act and of the presence of s. 6, which imposes a tax upon property situated within the province and of s. 9, which imposes a tax upon transmission of property, the only reasonable interpretation of s. 6A is that the tax is placed on the beneficiary who is within the province and the measure of that tax is the value of the property bequeathed. The fact that the Legislature chose to proceed by piecemeal amendments, resulting in an inelegant jumble of tax bases and inter-

bie-Britannique relève-t-il de la compétence législative de la législature de la Colombie-Britannique?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La question fondamentale dans ce pourvoi est de savoir si la résidence d'un bénéficiaire dans les limites d'une province taxatrice fournit un fondement suffisant à l'imposition de droits successoraux lorsque les biens sont situés à l'extérieur de la province et que le défunt n'y était pas domicilié au moment de son décès. Les législatures des provinces ont le pouvoir de faire des lois relatives à «la taxation directe dans les limites de la province» (*A.A.N.B.*, par. 92(2)), ce qui comprend les impôts sur les successions et les droits successoraux, tous deux qualifiés d'impôts directs. En présence d'une jurisprudence claire, il semble incontestable qu'une province puisse prélever des droits successoraux sur un bénéficiaire qui s'y trouve et en fixer le montant compte tenu de la valeur des biens situés à l'extérieur et transmis au décès d'une personne domiciliée ailleurs. Si la Constitution canadienne doit être considérée comme un arbre et que la compétence législative est essentiellement dynamique—ce qui est le cas—l'expression «dans les limites de la province» ne doit pas nécessairement recevoir l'interprétation qu'elle aurait reçue en 1867, et même si l'on devait adopter la théorie de la catégorie fixée en 1867 relativement au caractère «direct» et «indirect», il n'y a aucun précédent qui permettrait son application à l'interprétation de l'expression «dans les limites de la province». Rien en principe n'empêche que «les personnes dans les limites de la province» puissent être l'objet acceptable d'une loi sur les droits successoraux. Lorsqu'une province décide de prélever des droits successoraux, elle n'a pas à choisir entre prélever un impôt direct sur les biens ou sur une sous-catégorie artificielle, «la transmission des biens», ou sur les bénéficiaires. La province peut constitutionnellement faire l'un ou l'autre ou le tout à la condition que l'objet de l'impôt soit situé dans ses limites.

La bonne manière de procéder pour identifier l'objet d'une loi fiscale est d'examiner la Loi dans son ensemble et non pas seulement les dispositions d'assujettissement. Ici, compte tenu du texte de la Loi, de l'existence de l'art. 6 qui prélève un impôt sur des biens situés à l'intérieur de la province et de l'art. 9 qui impose la transmission des biens, la seule interprétation raisonnable de l'art. 6A est que l'impôt est exigé du bénéficiaire, qui se trouve dans les limites de la province, et que cet impôt est calculé suivant la valeur du bien légué. Le fait que le législateur ait choisi de procéder par modifications fragmentaires, ce qui a entraîné un fouillis

nal inconsistencies, is no reason to frustrate the obvious intention of the Legislature. Therefore, s. 6A imposes an *in personam* tax on a resident beneficiary, and the section is one which the Legislature is entitled to enact.

Bank of Toronto v. Lambe (1887), 12 App. Cas. 575; *Kerr v. Superintendent of Income Tax et al.*, [1942] S.C.R. 435; *Alworth v. Minister of Finance*, [1978] 1 S.C.R. 447, applied; *Burland v. The King; Alleyn-Sharples v. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr*, [1933] A.C. 710, distinguished; *City of Halifax v. Fairbanks*, [1928] A.C. 117; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1978] 2 S.C.R. 545; *R. v. Cotton* (1912), 45 S.C.R. 469; *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*, [1953] 4 D.L.R. 233; *A.G. for B.C. v. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] A.C. 550; *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124; *Proprietary Articles Trade Association v. A.G. for Canada*, [1931] A.C. 310; *A.G. for British Columbia v. A.G. for Canada*, [1937] A.C. 391; *Martin Service Station Ltd. v. M.N.R.*, [1977] 2 S.C.R. 996; *Harding v. Commissioners of Stamps for Queensland*, [1898] A.C. 769; *R. v. Lovitt*, [1912] A.C. 212; *Winans v. Attorney General*, [1910] A.C. 27; *Toronto General Trusts v. The King*, [1919] A.C. 679; *Royal Trust Co. v. Minister of Finance of British Columbia*, [1922] 1 A.C. 87, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing an appeal from a judgment of Berger J. Appeal allowed.

H. L. Henderson, E. R. A. Edwards and *Marilyn C. Nash*, for the appellant.

R. B. Hutchison, for the respondents.

Derek H. Aylen, Q.C., and *James Mabbutt*, for the intervener, the Attorney General of Canada.

Henri Brun and *Jean-François Jobin*, for the intervener, the Attorney General of Quebec.

J. W. Kavanagh, Q.C., and *Mollie Gallagher*, for the intervener, the Attorney General of Nova Scotia.

[1] [1979] 2 W.W.R. 683.

inélégant d'assiettes fiscales et des incohérences internes, n'est pas une raison de faire échec à son intention évidente. Donc, l'art. 6A prélève un impôt personnel sur un bénéficiaire qui réside dans la province et il s'agit d'un article que la législature a le pouvoir d'adopter.

Jurisprudence: arrêts appliqués: *Banque de Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575; *Kerr c. Superintendent of Income Tax et autre*, [1942] R.C.S. 435; *Alworth c. Le ministre des Finances*, [1978] 1 R.C.S. 447; distinction faite avec les arrêts: *Burland c. Le Roi; Alleyn-Sharples c. Barthe*, [1922] 1 A.C. 215; *Provincial Treasurer of Alberta c. Kerr*, [1933] A.C. 710; arrêts mentionnés: *Ville de Halifax c. Fairbanks*, [1928] A.C. 117; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Le Gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545; *R. c. Cotton* (1912), 45 R.C.S. 469; *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*, [1953] 4 D.L.R. 233; *P.G. de la C.-B. c. Kingcome Navigation Co.*, [1934] A.C. 45; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Colon*, [1943] A.C. 550; *Edwards c. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124; *Proprietary Articles Trade Association c. P.G. du Canada*, [1931] A.C. 310; *P.G. de la Colombie-Britannique c. P.G. du Canada*, [1937] A.C. 391; *Martin Service Station Ltd. c. M.R.N.*, [1977] 2 R.C.S. 996; *Harding v. Commissioners of Stamps for Queensland*, [1898] A.C. 769; *R. v. Lovitt*, [1912] A.C. 212; *Winans v. Attorney General*, [1910] A.C. 27; *Toronto General Trusts c. Le Roi*, [1919] A.C. 679; *Royal Trust Co. c. Minister of Finance of British Columbia*, [1922] 1 A.C. 87.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a rejeté un appel interjeté du jugement du juge Berger. Pourvoi accueilli.

H. L. Henderson, E. R. A. Edwards et *Marilyn C. Nash*, pour l'appelant.

R. B. Hutchison, pour les intimées.

Derek H. Aylen, c.r., et *James Mabbutt*, pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

Henri Brun et *Jean-François Jobin*, pour l'intervenant, le procureur général du Québec.

J. W. Kavanagh, c.r., et *Mollie Gallagher*, pour l'intervenant, le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

[1] [1979] 2 W.W.R. 683.

Dirk Blevins, for the intervener, the Attorney General of Manitoba.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Two issues are raised in this appeal: the first, a constitutional question as to provincial competence to tax a resident beneficiary to whom property situate outside the province has passed on the death of a person domiciled outside the province; the second, whether s. 6A of *The Succession Duty Act*, R.S.B.C., 1960, c. 372, as amended by 1972 (B.C.) c. 59, imposes an *in personam* tax on a resident beneficiary or an *in rem* tax on property, or the transmission of property, situated outside the province.

I

The late Francis Ely Ellett died September 2, 1975, domiciled and ordinarily resident in Alberta. By his last will he left a life estate to his widow, Olga Ellett, domiciled in Alberta, and the remainder to three relatives resident in British Columbia. The estate consisted of personal property located in Alberta, having a gross value of $236,221. The Minister of Finance of British Columbia, relying upon s. 6A of *The Succession Duty Act*, as amended, purported to assess succession duty in the sum of $30,646. The duty was paid by the executors on behalf of the remaindermen under protest and payment was accompanied by a denial of liability. The executors then issued a statement of claim seeking a declaration that s. 6A was *ultra vires* the Legislative Assembly of British Columbia, and claiming repayment of the sums paid to the Province.

The matter came before Berger J., who pronounced s. 6A *ultra vires* the Province[2]. The judge held that the legislative authority of the Province to impose a succession duty on a beneficiary with respect to personal property outside the province is

[2] (1978), 86 D.L.R. (3d) 267.

Dirk Blevins, pour l'intervenant, le procureur général du Manitoba.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Deux questions se posent dans ce pourvoi: la première, une question constitutionnelle relative à la compétence d'une province de prélever un impôt sur une personne qui y réside et à qui des biens situés à l'extérieur de la province ont été dévolus au décès d'une personne domiciliée à l'extérieur de la province; la seconde, savoir si l'art. 6A de *The Succession Duty Act*, R.S.B.C., 1960, chap. 372, dans sa forme modifiée par 1972 (B.C.), chap. 59, crée un impôt personnel frappant un bénéficiaire qui réside dans la province et qui reçoit des biens situés à l'extérieur de la province, ou s'il crée un impôt sur ces biens ou sur leur transmission.

I

Feu Francis Ely Ellett, domicilié en Alberta et y résidant, est décédé le 2 septembre 1975. Par son dernier testament il a laissé un droit viager à sa veuve, Olga Ellett, domiciliée en Alberta, et le reliquat à trois parents qui résident en Colombie-Britannique. La succession se composait de biens mobiliers situés en Alberta, ayant une valeur brute de $236,221. S'appuyant sur l'art. 6A de *The Succession Duty Act*, et ses modifications, le ministre des Finances de la Colombie-Britannique a voulu prélever des droits successoraux s'élevant à $30,646. Les droits ont été payés par les exécutrices au nom des appelés, sous réserve, et le paiement était accompagné d'une dénégation d'assujettissement. Les exécutrices ont alors intenté cette action visant à faire déclarer que l'art. 6A excède les pouvoirs de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique et réclamant le remboursement des sommes payées à la province.

L'affaire a été entendue par le juge Berger qui a déclaré l'art. 6A *ultra vires*[2]. Le juge a conclu que la compétence législative de la province de prélever des droits successoraux sur un bénéficiaire relativement à des biens mobiliers situés à l'extérieur de

[2] (1978), 86 D.L.R. (3d) 267.

limited to cases in which the deceased is domiciled within the province at his death. The Attorney General appealed. The appeal was dismissed[3], (Lambert J.A. writing, Craig J.A. dissenting; McIntyre J.A., as he then was, in compliance with the provisions of s. 27(1) of the *Court of Appeal Act*, R.S.B.C., 1960, c. 82, had earlier delivered his opinion agreeing with Berger J.).

The constitutional bounds of the provincial taxing powers, in the view of Lambert J.A., are to be determined by reference to what was generally considered in 1867 to be taxation within the province; in 1867, the subject-matter of estate taxes and succession duties was the transmission of property; a transmission could only occur within a province if the deceased was domiciled therein. In the alternative, he held that even if the Province could levy a succession duty on persons, as opposed to the transmission of property, s. 6A did not achieve that purpose. Finally, he held it was impossible to interpret s. 6A in a restricted fashion so as to render it *intra vires*. To construe it as having application only where the deceased was domiciled in the province would be merely to duplicate s. 9 of the Act.

The Attorney General appealed to this Court, with leave of the Court of Appeal of British Columbia. The following constitutional question was stated:

Is s. 6A of *The Succession Duty Act* of British Columbia within the legislative competence of the Legislature of British Columbia?

The Attorney General of Canada, as well as the Attorneys General of Quebec, Nova Scotia and Manitoba, intervened to support the validity of the legislation.

II

The underlying question in the appeal is whether the residence of a beneficiary within a taxing province furnishes a sufficient basis for the imposi-

[3] [1979] 2 W.W.R. 683.

la province est limitée aux cas où le défunt est domicilié dans la province au moment de son décès. Le procureur général a interjeté un appel qui a été rejeté[3], (motifs du juge Lambert, le juge Craig étant dissident; le juge McIntyre, maintenant juge de la Cour suprême du Canada, avait déposé ses motifs plus tôt, en accord avec ceux du juge Berger, en conformité avec les dispositions du par. 27(1) de la *Court of Appeal Act*, R.S.B.C., 1960, chap. 82).

De l'avis du juge Lambert, les limites constitutionnelles du pouvoir provincial de taxer doivent être déterminées par rapport à ce qui était généralement considéré, en 1867, comme une taxation dans les limites de la province; en 1867, l'objet de l'impôt sur les biens transmis par décès et des droits successoraux était la transmission des biens; une transmission ne pouvait s'effectuer qu'à l'intérieur d'une province si le défunt était domicilié. Subsidiairement, il a conclu que si la province pouvait prélever des droits successoraux sur les personnes, par opposition à des droits sur la transmission des biens, l'art. 6A n'avait pas cet effet. Finalement, il a conclu que l'art. 6A ne se prête pas à l'interprétation restreinte nécessaire pour qu'il relève de la compétence de la province. Si l'article s'applique seulement lorsque le défunt est domicilié dans la province, il fait double emploi avec l'art. 9 de la Loi.

Le procureur général a formé un pourvoi devant cette Cour, sur autorisation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. La question constitutionnelle suivante a été formulée:

L'article 6A de *The Succession Duty Act* de la Colombie-Britannique relève-t-il de la compétence législative de la législature de la Colombie-Britannique?

Le procureur général du Canada et les procureurs généraux du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Manitoba, sont intervenus pour appuyer la validité de la loi.

II

La question fondamentale dans ce pourvoi est de savoir si la résidence d'un bénéficiaire dans les limites d'une province taxatrice fournit un fonde-

[3] [1979] 2 W.W.R. 683.

tion of a succession duty where the property is situated outside the province and the deceased dies domiciled elsewhere. The argument is that matters of estate, with respect to personalty, are governed by the law of the domicile of the deceased. The property was transmitted to the beneficiaries under Alberta laws; the transmission occurred in Alberta and therefore escaped the grasp of British Columbia. To appreciate the significance of this question, some reference to historical background is required. Under the division of taxing powers contemplated by the *British North America Act, 1867*, both federal Parliament and provincial Legislatures may impose succession duties and both levels have done so. Until 1972, the provinces largely confined themselves to imposing succession duties on (i) property actually situate within the province, (ii) personal property situate outside the province, but passing from a deceased person domiciled in the province to a beneficiary within the province. This latter form of tax is commonly known as a tax on "transmissions".

Until 1972, Ontario, Quebec and British Columbia levied succession duties on both bases. On January 1 of that year, the federal government abolished federal estate and gift taxes and withdrew from the field. In an effort to capture the revenues thus freed, six more provinces—Manitoba, Saskatchewan and the four Atlantic provinces—entered the field and passed basically uniform succession duty Acts. These Acts are said to contain provisions taxing on the basis of the residence of the beneficiary. In this context, the Province of British Columbia enacted, in mid-1972, s. 6A, and certain other amendments to its *Succession Duty Act*. The Province thereby sought to wield, in the succession duty field, a power not theretofore exercised, and to avail itself of what it submits is the potential offered by s. 92(2) of the *B.N.A. Act*.

ment suffisant à l'imposition de droits successoraux lorsque les biens sont situés à l'extérieur de la province et que le défunt n'y était pas domicilié au moment de son décès. L'argument est que les questions de succession, relativement aux biens meubles, sont régies par la loi du domicile du défunt. Les biens ont été transmis aux bénéficiaires en vertu des lois de l'Alberta; la transmission s'est produite en Alberta et échappe donc à la compétence de la Colombie-Britannique. Pour saisir l'importance de cette question, un rappel historique est nécessaire. Aux termes du partage des pouvoirs en matière de taxation prévu par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, le Parlement fédéral et les législatures provinciales peuvent prélever des droits successoraux et les deux paliers l'ont fait. Jusqu'en 1972, les provinces se sont principalement limitées aux droits successoraux sur (i) les biens réellement situés dans les limites de la province, (ii) les biens mobiliers situés à l'extérieur de la province mais transmis par une personne décédée alors qu'elle est domiciliée dans la province à un bénéficiaire qui y est également domicilié. Cette dernière forme d'impôt est généralement désignée comme impôt sur les «transmissions».

Jusqu'en 1972, l'Ontario, le Québec et la Colombie-Britannique ont prélevé des droits successoraux sur ces deux fondements. Le 1er janvier de cette année-là, le gouvernement fédéral a aboli l'impôt sur les dons et sur les successions et s'est retiré du domaine. Pour tenter de récupérer les revenus ainsi libérés, six autres provinces—le Manitoba, la Saskatchewan et les quatre provinces de l'Atlantique—se sont emparées du domaine et ont adopté des lois fondamentalement uniformes sur les droits successoraux. Ces lois contiennent apparemment des dispositions d'imposition en fonction de la résidence du bénéficiaire. Dans ce contexte, la province de la Colombie-Britannique a édicté, vers le milieu de 1972, l'art. 6A et a apporté certaines autres modifications à sa *Succession Duty Act*. La province a ainsi cherché à utiliser, dans le domaine des droits successoraux, un pouvoir qui n'avait pas encore été exercé et à se prévaloir de ce qu'elle prétend être une possibilité qu'offre le par. 92(2) de l'*A.A.N.B.*

In 1977, *The Succession Duty Act* of British Columbia was repealed; so too the Acts of six other provinces. Lest the question be thought largely academic, however, it should be noted that there exists presently in Quebec a provision (*Loi sur les droits successoraux*, 1978 (Qué.), c. 37, art. 3) having substantially the same import as s. 6A of the former British Columbia Act. There is also, of course, nothing to prevent any province re-introducing the repealed legislation.

III

The Legislatures of the Provinces have authority to make laws in relation to "Direct Taxation within the Province . . ." by virtue of head 2 of s. 92 of the *B.N.A. Act*. On the aspect of "Direct Taxation", the trial judge correctly observed that the Province has power to impose direct taxes on persons within the province and on property within the province; this jurisdiction encompasses estate tax and succession duties, both of which have been described as direct taxes: *per* Viscount Cave L.C. in *City of Halifax v. Fairbanks Estate*[4], at p. 125. Succession duty taxes beneficiaries. It is demanded from the very person who it is intended should pay it. There is no one to whom the beneficiary can pass on the burden. On general principles then, the tax imposed by s. 6A qualifies as a direct tax; see *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. v. The government of Saskatchewan*[5]. The trial judge found it to be a direct tax and this finding was not disturbed by the Court of Appeal.

The starting point for examination of the aspect of "within the Province" is the statement of Anglin C.J. in *Rex v. Cotton*[6], at p. 536:

> In order that a provincial tax should be valid under the *British North America Act*, in my opinion the subject of taxation must be within the province.

[4] [1928] A.C. 117.
[5] [1978] 2 S.C.R. 545.
[6] (1912), 45 S.C.R. 469.

En 1977, *The Succession Duty Act* de la Colombie-Britannique de même que les lois correspondantes de six autres provinces ont été abrogées. De crainte que la question ne soit considérée comme essentiellement théorique, il convient de souligner qu'il existe présentement au Québec une disposition de la *Loi sur les droits successoraux*, 1978 (Qué.), chap. 37, art. 3 qui a substantiellement la même portée que l'art. 6A de l'ancienne loi de la Colombie-Britannique. Et, bien sûr, rien n'empêche une province d'adopter à nouveau une loi abrogée.

III

Les législatures des provinces ont le pouvoir de faire des lois relatives à «La taxation directe dans les limites de la province . . .» en vertu du par. 92(2) de l'*A.A.N.B.* Sur l'aspect de la «taxation directe», le juge de première instance a fait remarquer avec raison que la province a le pouvoir de prélever des impôts directs sur les personnes et sur les biens dans les limites de la province; cette compétence comprend les impôts sur les successions et les droits successoraux, tous deux qualifiés d'impôts directs: le vicomte Cave, lord chancelier, dans *Ville de Halifax c. Succession Fairbanks*[4], à la p. 125. Les droits successoraux visent les bénéficiaires. Ils sont imposés à la personne même qui doit les payer. Il n'y a personne sur qui le bénéficiaire peut les répercuter. Ainsi, selon les principes généraux, l'impôt que prélève l'art. 6A remplit les conditions d'un impôt direct; voir *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd. c. Le Gouvernement de la Saskatchewan*[5]. Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'un impôt direct et cette conclusion n'a pas été modifiée par la Cour d'appel.

L'examen de l'aspect «dans les limites de la province» doit commencer par la déclaration du juge en chef Anglin dans *Rex c. Cotton*[6], à la p. 536:

> [TRADUCTION] Pour qu'un impôt provincial soit valide selon l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, l'objet de la taxation doit, à mon avis, être situé dans les limites de la province.

[4] [1928] A.C. 117.
[5] [1978] 2 R.C.S. 545.
[6] (1912), 45 R.C.S. 469.

The validity of this principle of constitutional law has never been questioned. It has long been recognized that a person may be the subject-matter of a tax and that a province may validly impose a tax on any person found within its borders. Indeed, the ultimate burden of any property tax or so-called "tax on transmissions" falls upon persons. The constitutionality of a tax imposed on a person found within the province is unaffected by the mere fact that the *quantum* of tax is measured by extra-provincial attributes.

These fundamentals of constitutional law were first given expression almost one hundred years ago by the Privy Council in *Bank of Toronto v. Lambe*[7], where Lord Hobhouse stated:

> ... class 2 of sect. 92 does not require that the persons to be taxed by Quebec are to be domiciled or even resident in Quebec. Any person found within the province may legally be taxed there if taxed directly. This bank is found to be carrying on business there, and on that ground alone it is taxed ... the legislature has not chosen ... to leave the amount of tax to be ascertained by variable accounts of any uncertain standard. It has adopted its own measure ... The banks are to pay so much, not according to their capital, but according to their paid-up capital, and so much on their places of business. (pp. 584-5)

While this statement may require some qualification in respect of artificial persons in the light of later cases, it stands unchallenged in respect of natural persons.

In *Kerr v. Superintendent of Income Tax and Attorney-General for Alberta*[8], at p. 439, this Court upheld a provincial statute imposing a tax assessed by reference to extra-provincial sources of income. Rinfret J. stated:

> ... the person is validly charged because he is a resident within the province; and it must be conceded that the legislature in such a case may use the foreign property together with the local property as the standard by

[7] (1887), 12 App. Cas. 575.
[8] [1942] S.C.R. 435.

La validité de ce principe de droit constitutionnel n'a jamais été contestée. Il est depuis longtemps reconnu qu'une personne peut faire l'objet d'un impôt et qu'une province peut validement prélever un impôt sur toute personne qui se trouve dans les limites de ses frontières. En fait, c'est sur les personnes que retombe en définitive le poids de tout impôt sur les biens ou sur ce qu'on appelle «la transmission de biens». Le simple fait que l'assiette de l'impôt est fixée en fonction d'éléments extra-provinciaux ne change rien à la constitutionnalité d'un impôt prélevé sur une personne qui se trouve dans les limites d'une province.

Ces principes de droit constitutionnel ont été formulés pour la première fois il y a près de cent ans par le Conseil privé dans l'arrêt *Banque de Toronto c. Lambe*[7] où lord Hobhouse a déclaré:

> [TRADUCTION] ... la catégoire nº 2 de l'article 92 n'exige aucunement que les personnes imposées soient domiciliées ou même résidentes au Québec. Toute personne se trouvant dans la province peut légalement y être imposée, si elle est imposée directement. Cette banque se trouve à y faire des affaires, et c'est sur ce fait seulement qu'elle est imposée ... la législature n'a pas ... voulu faire dépendre l'impôt de comptes pouvant varier ou de quelque autre norme incertaine. Elle a fixé sa propre norme, ... Les banques doivent payer tant, non pas en fonction de leur capital, mais en fonction de leur capital versé, et tant pour leurs places d'affaires. (aux pp. 584 et 585)

Bien que cette déclaration puisse exiger certaines réserves relativement aux personnes morales compte tenu de la jurisprudence subséquente, elle demeure incontestée relativement aux personnes physiques.

Dans *Kerr c. Superintendent of Income Tax et Procureur général de l'Alberta*[8], (à la p. 439), cette Cour a maintenu une loi provinciale qui prélevait un impôt dont le calcul tenait compte de sources de revenu extra-provinciales. Le juge Rinfret a dit:

> [TRADUCTION] ... la personne est validement cotisée parce qu'elle réside dans les limites de la province; et il faut admettre qu'en pareil cas, la législature peut utiliser des biens étrangers et des biens locaux comme mesure

[7] (1887), 12 App. Cas. 575.
[8] [1942] R.C.S. 435.

which the person resident within the province is to be charged.

The legality of the tax, under those circumstances, results from the fact that the person is found within the province.

The principle was applied in *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*[9], at pp. 236-7, by Freedman J., as he then was, and recently affirmed by this Court in *Alworth v. Minister of Finance*[10], where Laskin C.J., speaking for a unanimous Court, stated:

> In short, it was open to a Province to impose a tax on persons in the Province and to measure it by extra-provincial attributes without the tax losing its character as taxation within the Province.
>
> . . .
>
> Moreover, a Province is not put to a choice of imposing a direct tax on persons or on property (or income) but may constitutionally tax on both bases. (p. 451)

In the face of clear authority, it would seem unarguable that a province could levy a succession duty on a beneficiary found within the province, and calculate the tax with reference to the value of property situate elsewhere and passing on the death of a person domiciled elsewhere.

It is true that the cases above cited all dealt with taxes other than succession duties. It becomes necessary, therefore, to consider whether there is, in constitutional theory, any compelling reason to regard succession duties as a separate and distinct category to which general principles regarding the scope of s. 92(2) are inapplicable.

It should be observed *in limine* that the views of the British Columbia Courts in this case run counter to scholarly opinion expressed in a lengthy series of articles which assert the legislative competence of the provinces to impose succession duties on the basis of the residence of the beneficiary.

[9] [1953] 4 D.L.R. 233 (Man. Q.B.).
[10] [1978] 1 S.C.R. 447.

de la cotisation de la personne qui réside dans les limites de la province.

La légalité de l'impôt, dans ces circonstances, résulte du fait que la personne se trouve dans les limites de la province.

Le principe a été appliqué dans l'arrêt *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba*[9], aux pp. 236 et 237, par le juge Freedman, dont c'était alors le titre, et récemment confirmé par cette Cour dans l'arrêt *Alworth c. Le ministre des Finances*[10], où le juge en chef Laskin, rendant le jugement unanime de cette Cour, a dit:

> En bref, il était loisible à une province de prélever un impôt sur les personnes dans la province et d'en fixer l'assiette compte tenu d'éléments extra-provinciaux sans que l'impôt perde son caractère de taxation dans les limites de la province.
>
> . . .
>
> Au surplus, une province n'a pas à choisir entre prélever un impôt direct sur les personnes ou le prélever sur les biens (ou les revenus); elle peut, constitutionnellement, faire les deux. (p. 451)

En présence d'une jurisprudence claire, il semble incontestable qu'une province puisse prélever des droits successoraux sur un bénéficiaire qui s'y trouve et en fixer le montant compte tenu de la valeur des biens situés à l'extérieur et transmis au décès d'une personne domiciliée ailleurs.

Il est vrai que les arrêts susmentionnés concernaient tous des impôts autres que des droits successoraux. Il devient donc nécessaire de se demander s'il existe, en théorie constitutionnelle, des raisons qui nous obligent à considérer les droits successoraux comme une catégorie indépendante et distincte à laquelle les principes généraux concernant la portée du par. 92(2) ne s'appliquent pas.

Il faut faire remarquer au départ que les opinions des cours de la Colombie-Britannique dans cette affaire vont à contre-courant des thèses savantes formulées dans une longue série d'articles portant que les provinces ont la compétence législative pour prélever des droits successoraux sur la base de la résidence du bénéficiaire.

[9] [1953] 4 D.L.R. 233 (B.R. Man.).
[10] [1978] 1 R.C.S. 447.

In 1926, H. E. Manning, writing in [1926] 3 D.L.R. 449, stated, at p. 452:

It is clear that the tax may be imposed on the beneficiary as a person, employing the amount of his interest in the estate as the measure of the tax (*Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575) . . .

and at p. 456:

Where the decedent was not but the beneficiary is domiciled within the jurisdiction the *mobilia* rule clearly does not apply. *Lambe's* case, *supra*, doubtless makes it *intra vires* the Legislature to impose a tax upon the beneficiary personally, but the Provinces do not usually see fit to attempt such taxation in express terms.

The reason suggested for not levying such a tax was that enforcement would be impossible, because provincial authorities would not be aware of the fact of death outside the province when there was no property in the province. This consideration, perhaps of practical concern, is extraneous, however, to the question of constitutional competence.

J. R. Anderson wrote in "Succession Duties—Double Taxation" (1937), 15 Can. Bar. Rev. 620, at p. 624:

Where the beneficiary is resident in the province but the decedent was not so resident, and the property is outside the province, the provinces do not as a rule attempt to tax the transmission to the beneficiary. It is doubtless *intra vires* the Legislature to impose a tax upon the beneficiary personally, but the provinces do not usually see fit to attempt such taxation in express terms.

In 1934, Dean John Falconbridge wrote in "Administration and Succession in the Conflict of Laws" in (1934), 12 Can. Bar. Rev. 67, at p. 72:

In the case of a province of Canada, however, the legislative power is territorially limited. The provincial legislature may impose a tax upon a person within the province or upon property within the province; . . .

En 1926, H. E. Manning a écrit dans [1926] 3 D.L.R. 449, à la p. 452:

[TRADUCTION] Il est certain que l'impôt peut être prélevé sur le bénéficiaire en tant que personne; on se sert alors de la valeur de son intérêt dans les biens pour fixer le montant de l'impôt (*Banque de Toronto c. Lambe* (1887), 12 App. Cas. 575) . . .

et à la p. 456:

[TRADUCTION] Lorsque le défunt n'est pas domicilié dans les limites de la juridiction à son décès mais que le bénéficiaire y est domicilié, la règle relative aux biens meubles ne s'applique évidemment pas. L'arrêt *Lambe*, précité, établit indubitablement que la législature a le pouvoir de prélever un impôt personnel sur le bénéficiaire, mais les provinces ne jugent généralement pas approprié d'essayer de prélever un tel impôt en termes exprès.

La raison invoquée pour ne pas lever un tel impôt était qu'il serait impossible de le percevoir, parce que les autorités provinciales ne seraient pas informées du décès survenu à l'extérieur de la province lorsqu'aucun bien n'y est situé. Cette considération, peut-être d'un intérêt pratique, est toutefois étrangère à la question de la compétence constitutionnelle.

J. R. Anderson a écrit dans «Succession Duties—Double Taxation» (1937), 15 Rev. Bar. Can. 620, à la p. 624:

[TRADUCTION] Lorsque le bénéficiaire réside dans la province mais que le défunt n'y résidait pas, et que les biens sont situés à l'extérieur de la province, les provinces n'essaient pas, en règle générale, d'imposer la transmission dans les mains du bénéficiaire. Sans aucun doute la législature a le pouvoir de prélever un impôt personnel sur le bénéficiaire, mais les provinces ne jugent généralement pas approprié d'essayer de prélever un tel impôt en termes exprès.

En 1934, le doyen John Falconbridge a écrit dans «Administration and Succession in the Conflict of Laws» (1934), 12 Rev. Bar. Can. 67, à la p. 72:

[TRADUCTION] Cependant, dans le cas d'une province du Canada, le pouvoir législatif se limite à son territoire. La législature provinciale peut prélever un impôt sur une personne dans les limites de la province ou sur des biens dans les limites de la province; . . .

Dean Vincent C. MacDonald, in an article entitled "Taxation Powers in Canada", appearing at (1941), 19 Can. Bar. Rev. 75, cites with approval (at p. 91) Dean Falconbridge's three classes of succession duties, the third of which is:

> (c) A Province may impose a direct tax *on persons* domiciled or resident in the Province in respect of the *transmission* to them of property under or by virtue of Provincial law.

and elaborates in a footnote:

> Since a tax on transmission is really a tax on the *person* to whom it takes place the rule that the subject-matter must be within the Province is satisfied if the beneficiary is resident or domiciled within. For similar rules by another Canadian authority see QUIGG, SUCCESSION DUTIES IN CANADA, 2nd ed., at p. 40.

The same general views were stated by the present Chief Justice of this Court, then Professor Laskin, writing in (1941), 19 Can. Bar. Rev. 617, at p. 618 and p. 625, and in (1960), Can. Tax. Found. 171, at p. 173. See also LaForest (1967), Can. Tax Papers, at p. 86 and p. 119; Bale (1977), 55 Can. Bar Rev. 1; (1978), 56 Can. Bar Rev. 652; (1979), 4 E.T.R. 83; Goodman (1972), Can. Tax Papers; the Ontario Committee on Taxation (Smith Report) (1967) vol. 3, p. 148.

In 1973, the Advisory Committee on Succession Duties (Langford Committee) concluded, at p. 48:

> The opinions which the Committee has received indicate that such a tax, on what is sometimes referred to as an "accessions basis" is undoubtedly valid constitutionally. If Ontario is entitled to levy an income tax on residents of Ontario in respect of their foreign income, (which is indisputable), it is also entitled to levey succession duty on such residents in respect of their inheritances of property situated outside Ontario. This type of tax is often called on tax on "accessions".

Any distinction, for constitutional purposes, between receipt of income and receipt of capital in

Dans un article intitulé «Taxation Powers in Canada», paru à (1941), 19 Rev. Bar. Can. 75, le doyen Vincent C. MacDonald énumère, en les approuvant (à la p. 91), les trois catégories de droits successoraux du doyen Falconbridge, dont voici la troisième:

> [TRADUCTION] c) Une province peut prélever un impôt direct *sur les personnes* qui y sont domiciliées ou qui y résident relativement à la *transmission* de biens qui leur est faite en vertu ou aux termes d'une loi provinciale.

et poursuit dans une note en bas de page

> [TRADUCTION] Puisqu'un impôt sur la transmission est en réalité un impôt sur la *personne* à qui elle est faite, la règle que l'objet doit être dans les limites de la province est respectée si le bénéficiaire réside ou est domicilié dans les limites de la province. On trouve des règles semblables chez un autre auteur canadien QUIGG, SUCCESSION DUTIES IN CANADA, 2e éd., à la p. 40.

Les mêmes opinions générales ont été formulées par l'actuel Juge en chef de cette Cour, le professeur Laskin à l'époque, écrivant dans (1941), 19 Rev. Bar. Can. 617, aux pp. 618 et 625, et dans (1960), Can. Tax. Found. 171, à la p. 173, voir également LaForest (1967), Can. Tax Papers, aux pp. 86 et 119; Bale (1977), 55 Rev. Bar. Can. 1 (1978), 56 Rev. Bar. Can. 652; (1979), 4 E.T.R. 83; Goodman (1972), Can. Tax Papers; Ontario Committee on Taxation (le rapport Smith) (1967), Vol. 3, à la p. 148.

En 1973, l'Advisory Committee on Succession Duties (la Commission Langford) a conclu à la p. 48:

> [TRADUCTION] Les opinions que la Commission a reçues montrent qu'un tel impôt, sur ce que l'on appelle parfois «un droit d'accession» est sans aucun doute valide du point de vue constitutionnel. Si la province de l'Ontario peut prélever des impôts sur les revenus étrangers des personnes qui y résident (ce qui est incontestable), elle peut également prélever des droits successoraux sur ces personnes relativement aux biens situés à l'extérieur de l'Ontario et qui leur sont transmis par succession. Ce type d'impôt est souvent qualifié d'impôt sur les «accessions».

Toute distinction, à des fins constitutionnelles, entre une entrée de revenu et une entrée de capital

the nature of a bequest, indeed seems tenuous. It is not apparent why any additional limitation should be placed on the powers of taxation of the province in the matter of succession duties. Two strands of argument were relied on in the Courts below in concluding that succession duties are an exception to the general principles discussed above.

Mr. Justice Lambert's principal line of reasoning proceeded as I have earlier indicated. The phrase "within the Province" must be given the construction that the phrase would have borne in 1867; succession duties were familiar taxes in 1867 and the subject-matter was regarded as "transmissions"; a transmission in 1867 was within a province only if the deceased died there; consequently, succession duties have been permanently categorized and are "within the Province" only when the deceased dies domiciled within the province. Mr. Justice Lambert's secondary ground of decision, and the principal ground for Mr. Justice Berger, is that the authorities, in particular the decisions of the Privy Council in *Burland v. R.; Alleyn-Sharples v. Barthe*[11], and *Provincial Treasurer of Alberta v. Kerr*[12], had conclusively decided that the power of the Province to impose succession duties under s. 92(2) on beneficiaries domiciled in the province in respect of the transmission to them of property situate outside the province was limited to cases where the deceased was also domiciled in the province.

In reaching his conclusion as to the correct approach to the construction of the phrase "within the Province", Mr. Justice Lambert relied solely on *Halifax v. Fairbanks, supra*, and the statement of Viscount Cave that if a tax was generally considered to be a direct tax in 1867, then it was a direct tax for the purpose of s. 92(2), no matter how the burden of the tax fell. There are, with respect, in my view, two observations to be made in this regard.

First, the *Fairbanks* notion of fixed categories of taxes was substantially cut back in *Attorney General for British Columbia v. Kingcome Navigation*

[11] [1922] 1 A.C. 215.
[12] [1933] A.C. 710.

sous forme de legs, semble vraiment subtile. On ne voit pas pourquoi on devrait imposer des restrictions additionnelles aux prouvoirs de taxation des provinces en matière de droits successoraux. Les cours d'instance inférieure se sont appuyées sur deux types d'arguments pour conclure que les droits successoraux sont une exception aux principes généraux analysés plus haut.

Le principal point du raisonnement du juge Lambert est celui que j'ai déjà indiqué. L'expression «dans les limites de la province» doit recevoir l'interprétation qu'elle aurait reçue en 1867; les droits successoraux étaient des impôts ordinaires en 1867 et l'objet en était les «transmissions»; en 1867, une transmission s'opérait dans les limites de la province seulement si le défunt y décédait; par conséquent, les droits successoraux ont été définitivement classés et sont «dans les limites de la province» seulement lorsque le défunt y était domicilié au moment de son décès. Le motif de décision secondaire du juge Lambert et le motif principal du juge Berger est que selon la jurisprudence concluante, en particulier les arrêts du Conseil privé, *Burland c. R.; Alleyn-Sharples c. Barthe*[11], et *Provincial Treasurer of Alberta c. Kerr*[12], le pouvoir de la province de prélever des droits successoraux en vertu du par. 92(2) sur les bénéficiaires domiciliés dans les limites de la province, relativement à des transmissions qui leur sont faites de biens situés à l'extérieur de la province, est limité au cas où le défunt était également domicilié dans les limites de la province.

En statuant sur la bonne interprétation de l'expression «dans les limites de la province», le juge Lambert s'est appuyé uniquement sur l'arrêt *Halifax c. Fairbanks*, précité, et la déclaration du vicomte Cave que si un impôt était généralement considéré être un impôt direct en 1867, alors c'était un impôt direct aux fins du par. 92(2), peu importe sur qui retombait l'obligation de le payer. A mon avis, deux remarques s'imposent à ce sujet.

D'abord, la notion de catégories fixes d'impôts exprimée dans l'arrêt *Fairbanks* a été considérablement réduite dans l'arrêt *Procureur général de*

[11] [1922] 1 A.C. 215.
[12] [1933] A.C. 710.

Co.[13], where the Privy Council held, in effect, that there is but one test to determine whether a tax is direct or not and the test is that of John Stuart Mill. Professor Frank Scott noted in (1934), 12 Can. Bar. Rev. 303, at p. 305, that this restating of the *ratio decidendi* in the *Fairbanks* case amounted to a virtual overruling and commented: "Henceforth it appears that the question of what the tax was universally considered to be in 1867 is irrelevant." In *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*[14], Viscount Simon L.C. stated, at p. 565, that Lord Cave's reference in *Fairbanks* to "two separate and distinct categories" of taxes should not be understood as relieving the courts from the obligation of examining the real nature and effect of the particular tax in the present instance.

la Colombie-Britannique c. Kingcome Navigation Co.[13], où le Conseil privé a jugé en fait qu'un seul critère permet de déterminer si un impôt est direct et c'est le critère de John Stuart Mill. Le professeur Frank Scott a fait remarquer à (1934), 12 Rev. Bar. Can. 303, à la p. 305, que cette nouvelle formulation de la *ratio decidendi* de l'arrêt *Fairbanks* équivaut virtuellement à l'infirmer et a ajouté: [TRADUCTION] «Désormais il appert que la question de savoir comment l'impôt était universellement considéré en 1867 est sans pertinence.» Dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*[14], le vicomte Simon, lord chancelier, a déclaré, à la p. 565, que la mention de «deux catégories séparées et distinctes» d'impôts par lord Cave dans l'arrêt *Fairbanks* ne doit pas être comprise comme relevant les tribunaux de l'obligation d'examiner la vraie nature et l'effet réel de l'impôt en question.

Second, even if a fixed 1867 category approach be adopted in respect of "direct" and "indirect", I know of no authority which would warrant its application in the interpretation of the phrase "within the Province".

Deuxièmement, même si l'on devait adopter la théorie de la catégorie fixée en 1867 relativement au caractère «direct» et «indirect» de la taxation, je ne connais aucun précédent qui permettrait son application à l'interprétation de l'expression «dans les limites de la province».

It has been stated repeatedly on high authority that a constitutional document must remain flexible and elastic, in the words of Lord Sankey in *Edwards v. Attorney General of Canada*[15], at p. 136, "a living tree capable of growth and expansion within its natural limits". There is nothing static or frozen, narrow or technical, about the Constitution of Canada. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney General for Canada*[16], Lord Atkin refused to accept that "criminal law", in s. 91(27), was an historically fixed category. He stated, at p. 324:

Il a été maintes fois répété, sur le fondement de précédents importants, qu'un document constitutionnel doit demeurer flexible et élastique et, pour reprendre les paroles de lord Sankey dans l'arrêt *Edwards c. Procureur général du Canada*[15], à la p. 136, [TRADUCTION] «un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles». Il n'y a rien de statique, de défini, d'étroit ni de technique concernant la Constitution du Canada. Dans *Proprietary Articles Trade Association c. Procureur général du Canada*[16], lord Atkin a refusé d'accepter que «le droit criminel», au par. 91(27), était une catégorie historiquement fixée. Il a déclaré, à la p. 324:

"Criminal law" means "the criminal law in its widest sense": *Attorney-General for Ontario v. Hamilton*

[TRADUCTION] Le «droit criminel» signifie «le droit criminel dans son sens le plus large» (*Le procureur*

[13] [1934] A.C. 45.
[14] [1943] A.C. 550.
[15] [1930] A.C. 124.
[16] [1931] A.C. 310.

[13] [1934] A.C. 45.
[14] [1943] A.C. 550.
[15] [1930] A.C. 124.
[16] [1931] A.C. 310.

Street Ry. Co. It certainly is not confined to what was criminal by the law of England or of any Province in 1867. The power must extend to legislation to make new crimes.

In *Attorney General for British Columbia v. Attorney General for Canada*[17], at pp. 402-3. Lord Thankerton rejected the suggestion that federal competence to legislate with respect to insolvency was intended to be stereotyped. It is, no doubt, germane to consider cases in which other taxing statutes imposing succession duties or estate taxes were under review but, in my view, pre-1867 English case authorities dealing with domestic succession duty rules have little relevance or applicability to the resolution of constitutional questions unique to Canada. Rules of statutory construction developed in a unitary state for the purpose of limiting the otherwise unlimited scope of taxing acts afford little guidance in the resolution of current Canadian constitutional problems. If the Canadian Constitution is to be regarded as a "living tree" and legislative competence as "essentially dynamic" (*per* Beetz J. in *Martin Service Station Ltd. v. M.N.R.*[18], p. 1006), then the determination of categories existing in 1867 becomes of little, other than historic, concern.

This is borne out by a line of post-1867 cases in which the Privy Council allowed the creation of a new subject-matter, "property actually situate within the Province belonging to persons not domiciled therein", by recognizing the *mobilia sequuntur personam* doctrine as a principle of construction which could be rebutted by clear words in a statute: *Harding v. The Commissioner of Stamps for Queensland*[19]; *The King v. Lovitt*[20]; *Winans v. Attorney General*[21]; *Toronto General Trusts v.*

[17] [1937] A.C. 391.
[18] [1977] 2 S.C.R. 996.
[19] [1898] A. C. 769.
[20] [1912] A.C. 212.
[21] [1910] A.C. 27.

général de l'Ontario c. Hamilton Street Ry. Co.). Il ne se confine certainement pas à ce que le droit anglais ou celui d'une province quelconque considéraient comme des actes criminels en 1867. Ce pouvoir doit permettre de légiférer pour définir de nouveaux crimes.

Dans *Procureur général de la Colombie Britannique c. Procureur général du Canada*[17], aux pp. 402 et 403, lord Thankerton a rejeté la prétention que le pouvoir fédéral de légiférer en matière d'insolvabilité devait être stéréotypé. Il est sans aucun doute approprié de tenir compte de précédents dans lesquels d'autres lois fiscales créant des droits successoraux ou des impôts sur les successions ont été examinées. Mais, à mon avis, la jurisprudence anglaise antérieure à 1867, portant sur des règles internes relatives aux droits successoraux, ont peu de pertinence ou d'applicabilité quant à la solution des questions constitutionnelles propres au Canada. Les règles d'interprétation des lois élaborées dans un état unitaire pour limiter la portée par ailleurs illimitée de lois fiscales sont peu utiles pour résoudre les problèmes constitutionnels du Canada contemporain. Si la Constitution canadienne doit être considérée comme un «arbre» et que la compétence législative est «essentiellement dynamique» (le juge Beetz dans *Martin Service Station Ltd. c. M.R.N.*[18], à la p. 1006), alors la détermination des catégories qui existaient en 1867 ne présente en somme qu'un intérêt historique.

Cela est confirmé par une série d'arrêts postérieurs à 1867 dans lesquels le Conseil privé a permis la création d'un nouvel objet, [TRADUCTION] «les biens effectivement situés dans les limites de la province appartenant à des personnes qui n'y sont pas domiciliées», en reconnaissant la doctrine *mobilia sequuntur personam* comme principe d'interprétation qui ne pourrait être réfuté que par les termes précis d'une loi: *Harding v. The Commissioners of Stamps for Queensland*[19]; *The King c. Lovitt*[20]; *Winans v. Attorney General*[21]; *Toronto*

[17] [1937] A.C. 391.
[18] [1977] 2 R.C.S. 996.
[19] [1898] A.C. 769.
[20] [1912] A.C. 212.
[21] [1910] A.C. 27.

The King[22]; *Royal Trust Company v. Minister of Finance of the Province of British Columbia*[23]. In these cases, the Privy Council consistently upheld succession duties imposed on property situate within the taxing jurisdiction, regardless of the residence of the deceased, although the *mobilia* principle would exempt from the payment of succession duties movable property situate within the jurisdiction and belonging to a testator domiciled elsewhere. It is clear from these cases that long after 1867 the Privy Council regarded English principles governing succession duties as rules of construction and not hardened constitutional imperatives. There was no constitutional impediment to a province enacting a succession duty of a novel kind. If the subject-matter (there property; here persons) was "within the Province", the Legislature had competence, and the only question was whether it had used apt words to implement the measure. Even if the subject-matter of succession duty legislation were thought to be "transmissions" in 1867, "property" emerged after 1867 as a valid subject-matter. There is no reason in principle why "persons within the Province" should not also be a permissible subject-matter for succession duty legislation. The only question remaining is whether there is any compelling case authority which precludes such a result.

General Trusts c. Le Roi[22]; *Royal Trust Company c. Minister of Finance of the Province of British Columbia*[23]. Dans ces arrêts, le Conseil privé a uniformément maintenu les droits successoraux prélevés sur des biens situés dans les limites de la juridiction taxatrice, indépendamment du lieu de résidence du défunt, bien que, selon le principe applicable aux biens meubles, ceux situés dans les limites de la juridiction et appartenant à un testateur domicilié ailleurs fussent exonérés du paiement des droits successoraux. Il se dégage clairement de ces arrêts que bien après 1867 le Conseil privé a considéré les principes anglais qui régissent les droits successoraux comme des règles d'interprétation et non comme des impératifs constitutionnels fermes. Aucun obstacle constitutionnel n'empêchait une province d'adopter des droits successoraux d'un type nouveau. Si l'objet (dans ces cas-là les biens; ici les personnes) était «dans les limites de la province», la législature était compétente et la seule question était de savoir si elle avait employé les mots appropriés pour donner effet à sa mesure législative. Même si en 1867 on considérait «les transmissions» comme l'objet des lois sur les droits successoraux, après 1867, «les biens» sont devenus un objet valide. Rien en principe n'empêche que «les personnes dans les limites de la province» puissent être l'objet acceptable d'une loi sur les droits successoraux. La seule question qui demeure est de savoir si un précédent décisif empêche un tel résultat.

Mr. Justice Berger, at trial, and Mr. Justice Lambert, in the Court of Appeal, relied on the decision of the Privy Council in *Alleyn-Sharples v. Barthe, supra*. This case is readily distinguished. The statute under consideration (1914)(Que.), c. 10, art. 1387*b*, read:

All transmissions within the Province, owing to the death of a person domiciled therein, of moveable property locally situate outside the Province at the time of such death, shall be liable to the following taxes calculated upon the value of the property so transmitted, after deducting debts and charges as hereinafter mentioned.

Le juge Berger, en première instance, et le juge Lambert, en Cour d'appel, se sont appuyés sur l'arrêt du Conseil privé dans *Alleyn-Sharples c. Barthe*, précité. Cette affaire se distingue facilement de la présente. Voici le texte de la loi alors à l'étude (1914) (Qué.), chap. 10, art. 1387*b*):

Toutes transmissions, dans cette province, résultant du décès d'une personne qui y est domiciliée, de biens mobiliers situés en dehors de la province à l'époque de ce décès, sont sujettes aux droits suivants calculés sur la valeur du bien ainsi transmis, déduction faite des dettes et des charges, tel que ci-après mentionné.

[22] [1919] A.C. 679.
[23] [1922] 1 A.C. 87.

[22] [1919] A.C. 679.
[23] [1922] 1 A.C. 87.

The statute imposed a tax on the transmission, not on the property, nor on the resident beneficiary. The requirement that the deceased die domiciled within the taxing province sprang from the taxing provision itself. It is in this light that the case must be read. *Alleyn* stands only for the proposition that when a tax is imposed on a transmission, the *situs* of that transmission is "within the Province" only if the legatee is either domiciled or ordinarily resident there. There is no suggestion that the tax would have been constitutionally invalid if the requirement that the deceased be domiciled "within the Province" had been omitted.

As Berger J. correctly points out, the case does *not* provide any authority for a province to tax a benficiary with respect to personal property outside the province where the deceased died domiciled outside the province. On the other hand, the contrary is also true: the case provides no authority for the proposition that a tax *on a resident beneficiary can only be imposed* where the deceased died domiciled within the taxing province. Where a "transmission" is the subject-matter of the tax, it will be an essential element of provincial taxing power that a transmission take place under the law of the taxing province and it may be, although we are not called upon to decide, that the transmission is not under provincial law unless the deceased was domiciled in the province. However, where the subject-matter is "persons" and those persons are actually within the province, the requirements of s. 92(2) are clearly satisfied.

The second case relied upon in the British Columbia Courts is *Provincial Treasurer v. Kerr, supra*. The relevant sections there (s. 9 and s. 7 of *The Succession Duties Act*, R.S.A., 1922, c. 28, as amended) provided:

9. Every person resident in the Province to whom passes on the death of any person domiciled in the Province any personal property situate outside the Province, shall pay to the Provincial Treasurer for the use of the Province a tax calculated upon the value of the

La Loi prélevait un impôt sur la transmission, non sur les biens ni sur le bénéficiaire qui résidait dans la province. L'exigence que le défunt soit domicilié dans les limites de la province taxatrice au moment de son décès provient de la loi elle-même. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter l'arrêt. L'arrêt *Alleyn* pose uniquement comme principe que lorsque l'on prélève un impôt sur une transmission, le *situs* de cette transmission se trouve «dans les limites de la province» seulement si le légataire y a son domicile ou son lieu de résidence. Rien ne laisse entendre que l'impôt aurait été inconstitutionnel à défaut d'exiger que le défunt soit domicilié «dans les limites de la province».

Comme le juge Berger l'a fait remarquer avec justesse, l'arrêt *n*'accorde à une province *aucun* pouvoir de taxer un bénéficiaire relativement à des biens mobiliers situés à l'extérieur de la province lorsque le défunt était domicilié à l'extérieur de la province au moment de son décès. Par ailleurs, le contraire est également vrai: l'arrêt ne permet pas de dire qu'un impôt *sur un bénéficiaire qui réside dans la province peut être prélevé seulement* lorsque le défunt meurt domicilié dans les limites de la province taxatrice. Lorsque l'impôt vise une «transmission», il sera essentiel au pouvoir provincial de taxer que la transmission s'effectue conformément au droit de la province taxatrice et, bien que nous n'ayons pas à trancher la question ici, il est possible que la transmission ne soit pas assujettie au droit provincial à moins que le défunt n'ait été domicilié dans la province. Cependant, lorsque ce sont les «personnes» qui sont visées et qu'elles se trouvent réellement dans les limites de la province, les exigences du par. 92(2) sont manifestement respectées.

Les cours de la Colombie-Britannique s'appuient sur un deuxième arrêt *Provincial Treasurer c. Kerr*, précité. Voici le texte des articles pertinents examinés dans cette affaire (art. 9 et 7 de *The Succession Duties Act*, R.S.A. 1922, chap. 28, et ses modifications):

[TRADUCTION] 9. Toute personne qui réside dans la province et à qui sont transmis, au décès d'une personne domiciliée dans la province, des biens mobiliers situés à l'extérieur de la province, doit payer au trésorier provincial, à l'usage de la province, un impôt calculé d'après la

property in accordance with the rates and subject to the considerations set forth in sections 7 and 8 of this *Act*.

7. (1) Save as otherwise provided, all property of the owner thereof situate within the Province, and in the case of an owner domiciled in the Province, all the personal property of the owner situate outside the Province, and passing on his death, shall be subject to succession duties at the rate or rates set forth in the following table . . .

One might think that s. 9 clearly imposed a tax on a resident beneficiary and not on property or on "transmissions". Indeed, the Privy Council appeared to say just that:

Generally speaking, taxation is imposed on persons, the nature and amount of the liability being determined either by individual units, as in the case of a poll tax, or in respect of transactions or actings of the taxpayers. It is at least unusual to find a tax imposed on property and not on persons—in any event, the duties here in question are not of that nature. (p. 718)

This was followed, however, by an examination of the charging section, s. 7(1), which resulted in the conclusion that the subject-matter of the taxation was the property and not the transmission of property:

Accordingly, their Lordships are of opinion that the duties under s. 7, so far as imposed on personal property locally situate outside the Province, did not come within the limits placed on Provincial taxation by s. 92 of the *British North America Act*. (p. 722)

Since it was the finding of the Privy Council that the duties under s. 7 were on "property", then of course it follows that the section sought to reach, in part, a subject-matter outside the province. The case has no direct application to the question now before us as to whether, when the tax is on the resident beneficiary, residence within the province alone is sufficient.

The Courts below relied on the following oft-quoted passage as authority for the proposition that, in the case of property situate outside the province, residence within the province of both the testator and beneficiary is a precondition to the valid imposition of a tax:

valeur du bien selon les taux fixés et sous reserve des dispositions prévues aux articles 7 et 8 de la présente loi.

7. (1) Sous réserve des dispositions contraires, tous les biens d'un propriétaire situés dans les limites de la province, et dans le cas d'un propriétaire domicilé dans la province, tous les biens mobiliers du propriétaire situés à l'extérieur de la province, et transmis à son décès, sont assujettis aux droits successoraux au taux ou aux taux prévus dans la table suivante . . .

On pourrait croire que l'art. 9 assujettit clairement à un impôt un bénéficiaire qui réside dans la province et non les biens ou les «transmissions». En fait, c'est ce que le Conseil privé a paru dire:

[TRADUCTION] Généralement parlant, l'impôt frappe les personnes, la nature et le montant de l'imposition étant déterminés soit par le nombre d'unités, comme dans le cas d'une capitation, soit eu égard à la valeur des biens des contribuables, soit encore eu égard à leurs transactions ou activités. Il est pour le moins inhabituel de voir un impôt frapper la propriété et non les personnes—de toute façon, les droits en question ici ne sont pas de cette nature. (à la p. 718)

Cela a toutefois été suivi d'un examen de la disposition d'assujettissement, le par. 7(1), d'où la conclusion que l'objet de la taxation était les biens et non la transmission des biens:

[TRADUCTION] Par conséquent, leurs Seigneuries sont d'avis que les droits imposés par l'art. 7, quand ils visent les biens mobiliers situés à l'extérieur de la province, outrepassent les limites fixées pour la taxation provinciale par l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. (à la p. 722)

Puisque le Conseil privé a conclu que les droits imposés par l'art. 7 visaient les «biens», il s'ensuit, évidemment, que l'article cherchait à atteindre, en partie, un objet à l'extérieur de la province. L'affaire n'a aucune application directe à la question qui nous est maintenant soumise, savoir si la résidence dans la province suffit lorsque l'impôt assujettit un bénéficiaire qui y réside.

Les cours d'instance inférieure se sont fondées sur le passage suivant souvent cité à l'appui de la proposition que, dans le cas de biens situés à l'extérieur de la province, la résidence tant du testateur que du bénéficiaire dans les limites de la province est une condition préalable au prélèvement valide d'un impôt:

The Province maintained in the first place, that under the *Alberta Succession Duties Act* the subject matter of taxation was the transmission of the property and not the property itself, and fell within the principle of the decision of this Board in *Alleyn v. Barthe*.

In their Lordships' opinion, the principle to be derived from the decisions of this Board is that the Province, on the death of a person domiciled within the Province, is not entitled to impose taxation in respect of personal property locally situate outside the Province, but that it is entitled to impose taxation on persons domiciled or resident within the Province in respect of the transmission to them under the Provincial law of personal property locally situate outside the Province. (p. 718)

I agree that this statement of principle is an accurate statement of the "transmission doctrine", as generally understood, but I point out that it precedes the conclusion, at p. 721, that "the subject-matter of the taxation is the property and not the transmission of property". The principle was expressed in the context of an enactment which did not attempt to impose a tax upon, or in respect of a transmission, but rather upon personal property situated outside Alberta, and was clearly *obiter dictum*. The above passage, in my view, may be taken as an illustration of what a province may validly do, but not as an exhaustive formulation of the minimum requirements which must be satisfied as a condition of constitutional validity. Lord Thankerton's discussion does not flow from an appreciation of the constitutional limits of the province's taxing power, but rather from an appreciation of the cases concerning a "tax on transmissions", cases which, as I have suggested, were concerned with rules of construction.

The words "in respect of the transmission to them under the Provincial law" should not be taken as limiting the provincial taxing power, but rather as reflecting the facts of the case before the Board. There, the decedent and the beneficiary were both domiciled in the province.

The third case set up as a barrier to the result that would otherwise be dictated by principle is the

[TRADUCTION] La province a soutenu tout d'abord qu'en vertu de *The Alberta Succession Duties Act*, l'objet de l'impôt était la transmission des biens et non les biens eux-mêmes, et que cet objet relevait du principe qui se dégage de l'arrêt de ce Conseil dans *Alleyn c. Barthe*.

De l'avis de leurs Seigneuries, le principe qui découle des arrêts de ce Conseil est qu'au décès d'une personne domiciliée dans les limites de la province, cette province n'a pas le droit de prélever d'impôts sur des biens mobiliers situés à l'exterieur de la province, mais elle a le droit d'en prélever sur les personnes qui y sont domiciliées ou qui y résident relativement à la transmission qui leur est faite en vertu du droit provincial régissant les biens mobiliers situés à l'extérieur de la province. (à la p. 718)

Je reconnais que cette déclaration de principe est un énoncé exact de la «doctrine de la transmission», telle qu'on la conçoit généralement, mais je ferai remarquer qu'elle précède la conclusion, à la p. 721, que [TRADUCTION] «l'objet de la taxation est les biens et non la transmission des biens». Le principe a été formulé dans le contexte d'un texte de loi qui ne visait pas à prélever un impôt sur une transmission ou relativement à celle-ci, mais plutôt sur les biens mobiliers situés à l'extérieur de l'Alberta; c'était nettement *obiter dictum*. On peut à mon avis interpréter le passage susmentionné comme une illustration de ce qu'une province peut validement faire, mais non comme une formulation exhaustive des exigences minimales à respecter pour qu'il y ait constitutionnalité. L'analyse faite par lord Thankerton ne découle pas d'une appréciation des limites constitutionnelles du pouvoir provincial de taxer, mais plutôt d'une appréciation des affaires portant sur un «impôt sur les transmissions», lesquelles, comme je l'ai mentionné, portaient sur les règles d'interprétation.

Les mots «relativement à la transmission qui leur est faite en vertu du droit provincial» ne doivent pas être interprétés comme une restriction au pouvoir provincial de taxer, mais plutôt comme une expression des faits de l'espèce soumise au Conseil. Dans cette affaire, le défunt et le bénéficiaire étaient tous deux domiciliés dans la province.

Le troisième arrêt que l'on oppose au résultat qui serait autrement dicté par les principes est

recent judgment of this Court in *Alworth v. Minister of Finance, supra*. Two difficulties are said to exist: first, that the Court in *Alworth* recognized a distinction between income tax and succession duty tax: second, that although the language of the taxing section in *Alworth* stated "the taxpayer shall pay a tax . . ." the Court held it was not an "*in personam*" tax. I shall deal now with the first issue, reserving the second point for the later discussion on the construction of the British Columbia Act.

On the first point, the passage alleged to give rise to the problem is found at p. 452 of the report:

> Although that case [*Provincial Treasurer v. Kerr*] in one of its aspects concerned, as does the present one, the question whether a provincial statute had imposed its taxation within the Province or had unconstitutionally reached outside, it related to succession duty legislation and does not call for further consideration here.

I do not think the Court intended, in this passage, to create any rule recognizing a distinction in principle between income tax and succession duty legislation. In *Alworth*, the question was whether the tax was imposed on "income" or on "persons". The Court examined the statutory definitions of "taxpayer" and "income", and concluded it was the income that carried the burden of the tax. The choice was two-fold: persons or income. In succession duty legislation, the choice may be broader, "persons", "property", and "transmissions". It is of some significance that the quoted passage in *Alworth* follows immediately a reference to the *Kerr* case. The *Kerr* case has been regarded as ambiguous in its treatment of the subject-matter of the Alberta statute. That ambiguity relates to the concept of a tax on "transmissions" which is a concept peculiar to succession duty cases. *Kerr* was therefore of no immediate relevance to the "persons" and "property" discussion in *Alworth*.

I am satisfied there is no reason in principle or authority why, in the context of succession duties, the provinces cannot tax on the basis of the resi-

l'arrêt récent de cette Cour *Alworth c. Le ministre des Finances*, précité. On prétend que deux difficultés existent: premièrement, dans l'arrêt *Alworth* la Cour a reconnu une distinction entre l'impôt sur le revenu et les droits successoraux; deuxièmement, bien que la disposition fiscale alors en cause portât que «tout contribuable devra payer un impôt . . .», la Cour a jugé que ce n'était pas un impôt «personnel». J'examinerai ici la première question, gardant la seconde pour l'analyse ultérieure de l'interprétation de la Loi de la Colombie-Britannique.

Sur la première question, on trouve, à la p. 452 du recueil, le passage dont découlerait le problème:

> Bien que, sous un de ses aspects, cette affaire [*Provincial Treasurer c. Kerr*] portât, comme le fait celle-ci, sur la question de savoir si une loi provinciale avait imposé sa taxation dans les limites de la province ou l'avait, inconstitutionnellement, étendue au-delà, elle se rapportait à une législation sur les droits de succession et n'a pas à être considérée davantage ici.

Je ne crois pas que, dans ce passage, la Cour ait voulu créer une règle reconnaissant une distinction de principe entre une loi de l'impôt sur le revenu et une loi sur les droits successoraux. Dans l'affaire *Alworth*, la question était de savoir si l'impôt visait le «revenu» ou les «personnes». La Cour a examiné les définitions de «contribuable» et de «revenu» dans la Loi et a conclu que c'était le revenu qui emportait le fardeau fiscal. Il fallait choisir entre deux possibilités: les personnes ou le revenu. Dans une loi sur les droits successoraux, les possibilités peuvent être plus nombreuses, les «personnes», les «biens» et les «transmissions». Le fait que le passage précité de l'arrêt *Alworth* suive immédiatement un renvoi à l'arrêt *Kerr* est assez révélateur. On a considéré que cet arrêt traitait de façon ambiguë de l'objet de la loi albertaine. Cette ambiguïté a trait au concept d'un impôt sur les «transmissions», concept qui est particulier aux affaires portant sur les droits successoraux. L'arrêt *Kerr* ne présentait donc pas d'intérêt direct pour la discussion des notions de «personnes» et de «biens» dans *Alworth*.

Je suis convaincu qu'il n'y a aucune raison de principe ni aucune jurisprudence, dans le contexte des droits successoraux, qui empêche les provinces

dence of the beneficiary without regard for the *situs* of the property or the domicile of the decedent. In other words, it is within provincial competence to tax a resident beneficiary in respect of property situated outside the province and passing on the death of a person domiciled outside the province. It does not matter whether the decedent died domiciled in the province or outside, so long as the beneficiary or beneficiaries are within the province. When a province decides to impose a succession duty, it is not in the position of having to choose to levy a direct tax upon property, or upon the basis of the artificial subcategory, "transmission of property", or upon the beneficiaries. The province may, constitutionally, tax on any or all of these bases, provided always that the subject-matter of the tax is situated within the province.

IV

I turn now to the question whether s. 6A of the *Succession Duty Act*, as properly construed, imposes a tax on a resident beneficiary, or upon property situated outside the province. It is crucial to keep in mind in this discussion that s. 6A was added as one of a number of amendments made in 1972, to a basic *Succession Duty Act* that dates back to 1934. Section 6A is one of three charging sections now found in the Act. The other two are ss. 6 and 9. I set out the relevant portions of these three sections below:

6. (1) All property of a deceased person, whether he was at the time of his death domiciled in the Province or domiciled elsewhere, situate within the Province passing to any person for any beneficial interest is, except as provided in section 5, subject to duty on the dutiable value thereof at the rate prescribed in the Table of Rates in Schedule C, as ascertained according to the following method:

. . .

6A. (1) Where property of a deceased was situated outside the Province at the time of the death of the deceased, and the beneficiary of any of the property of the deceased was a resident at the time of the death of the deceased, duty under this Act shall be paid by the beneficiary in respect of the property of which he is the beneficiary.

de prélever un impôt sur la base de la résidence du bénéficiaire indépendamment du *situs* des biens ou du domicile du défunt. En d'autres mots, la province a le pouvoir de taxer un bénéficiaire qui y réside relativement à des biens situés à l'extérieur de la province et transmis au décès d'une personne domiciliée à l'extérieur de la province. Il importe peu que le défunt soit domicilié dans la province ou à l'extérieur de celle-ci au moment de son décès; il suffit que le bénéficiaire ou les bénéficiaires y résident. Lorsqu'une province décide de prélever des droits successoraux, elle n'a pas à choisir entre prélever un impôt direct sur les biens ou sur une sous-catégorie artificielle, «la transmission des biens», ou sur les bénéficiaires. La province peut constitutionnellement faire l'un ou l'autre ou le tout à la condition que l'objet de l'impôt soit situé dans ses limites.

IV

Je passe maintenant à la question de savoir si l'art. 6A de la *Succession Duty Act*, interprété comme il se doit, prélève un impôt sur un bénéficiaire qui réside dans la province ou sur des biens situés à l'extérieur de la province. Il est très important de garder à l'esprit dans cette analyse que l'art. 6A fait partie des nombreuses modifications apportées en 1972 à *The Succession Duty Act* qui remonte à 1934. L'article 6A est l'une des trois disposition de la Loi qui prévoient actuellement l'assujettissement à l'impôt. Les deux autres sont les art. 6 et 9. Je reproduis ci-après les parties pertinentes de ces trois articles:

[TRADUCTION] 6. (1) Lorsqu'au moment de son décès, une personne est domiciliée dans la province ou ailleurs, tous ses biens situés dans les limites de la province et dont la propriété réelle est transmise à une personne quelconque, sont, sous réserve des dispositions de l'article 5, assujettis à un impôt sur leur valeur imposable au taux prescrit dans la Table des taux à l'Annexe C, selon la méthode suivante:

. . .

6A. (1) Lorsque les biens d'un défunt sont situés à l'extérieur de la province au moment de son décès et que le bénéficiaire d'une partie quelconque des biens réside dans la province au moment du décès, ce dernier doit acquitter les droits successoraux en vertu de la présente loi relativement aux biens dont il est bénéficiaire.

(2) The beneficiary of the property of the deceased referred to in subsection (1) shall, except as provided in section 5, pay the duty in respect of that property calculated on the dutiable value thereof at the rate prescribed in the Table of Rates in Schedule C, as ascertained according to the following method;

. . .

9. (1) Where the deceased person was at the time of his death domiciled in the Province, and where the property of the deceased comprises any personal property situate without the Province in respect of which any beneficial interest passes under the law of the Province to a person who is domiciled or resident in the Province, that person shall, except as provided in section 5, pay duty in respect of the transmission to him of that beneficial interest calculated on the dutiable value thereof at the rate prescribed in the Table of Rates in Schedule C, as ascertained according to the following method:

. . .

(2) Le bénéficaire des biens du défunt mentionnés au paragraphe (1) doit, sous réserve des dispositions de l'article 5, payer les droits successoraux relativement à ces biens, calculés sur la valeur imposable desdits biens au taux prescrit dans la Table des taux à l'Annexe C, selon la méthode suivante;

. . .

9. (1) Lorsque la personne décédée est, au moment de son décès, domiciliée dans la province, et lorsque les biens du défunt comprennent des biens mobiliers situés à l'extérieur de la province dont la propriété réelle est transmise en vertu du droit de la province à une personne qui y est domiciliée ou qui y réside, cette personne doit, sous réserve des dispositions de l'article 5, payer les droits successoraux relativement à la transmission de cette propriété réelle, calculés sur la valeur imposable desdits biens au taux prescrit dans la Table des taux à l'Annexe C, selon la méthode suivante:

. . .

It will be observed that s. 6 speaks in terms of "property", s. 6A, of "the beneficiary", and s. 9, of "transmissions".

The ambiguity found in s. 6A is that, unlike s. 6, for example, it does *not* expressly state that the beneficiary is "*subject to duty*".

I accept as correct the approach to interpretation stated in *Alworth*:

> 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 stipulates 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. (p. 452)

I adopt the position, which finds support in *Alworth*, that the "correct approach" to the identification of the subject-matter of a taxing statute is to examine the Act, as a whole, and not merely the charging sections. For example, I believe it is clear that the phrase "subject to duty" is used consistently throughout the Act in the sense of "imposing a duty on". This is the sense, for example, in s. 6, where it clearly imposes a duty on

On voit que l'art. 6 parle en termes de «biens», l'art. 6A, de «bénéficiaire», et l'art. 9, de «transmissions».

L'ambiguïté que l'on trouve à l'art. 6A est que contrairement à l'art. 6, par exemple, il *ne* déclare *pas* expressément que le bénéficiaire est «assujetti à un impôt».

Je considère que le mode d'interprétation donné dans l'arrêt *Alworth* est le bon:

> Ce qui est essentiellement en jeu dans la pésente 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. (à la p. 452)

Je retiens la position, qui trouve un appui dans l'arrêt *Alworth*, que la «bonne manière de procéder» pour identifier l'objet d'une loi fiscale est d'examiner la Loi dans son ensemble et non pas seulement les dispositions d'assujettissement. Par exemple, il est évident, je crois, que l'expression «assujetti à un impôt» est employée uniformément dans la Loi dans le sens de «prélever un impôt sur». Tel en est le sens, par exemple, à l'art. 6, où l'on

"property . . . situate within the Province". Section 19, 20, 31 and 36(2)(*d*) similarly use the word "subject" or the phrase "subject to" only in the sense of the subject-matter of the tax.

The phrase "liable to" likewise exhibits a single consistent meaning throughout the Act. "Liable" is used in s. 12 to create a legal obligation on a person to pay the tax, although the subject-matter of the tax remains the property or the transmission. The word is used in the same sense in ss. 31 and 41(1).

On the other hand, they key phrase "in respect of" does not appear to be used consistently throughout the Act, but rather appears to have two meanings. It is used in many sections in the same sense as "subject to", *i.e.* to point to the subject-matter of the tax. (See ss. 10A(1), 10A(3), 12(3), 13, 18, 20(1), 22, 26(1) and (2), 30(1) and (2), 32, 37(2), and 51(1) and (2).) On the other hand, the phrase would appear to bear the meaning "with reference to" or "in relation to" in the following sections: 2(1) (definition of resident), 3A, 23, 34(2), 35(2) and 47.

In the listing above, I have made no reference to ss. 6A, 9, and 14A. These sections merit detailed consideration.

First, s. 9. It is clear from the sections cited above (all of which were found in the Act before the 1972 amendments) where "in respect of" is used to point to a subject-matter of taxation, that the draftsman intended s. 9 to impose a tax on the transmission of property. Indeed, the case has proceeded throughout on the basis that the section has that effect.

We move now to s. 6A and the heart of the problem. What is the meaning to be attributed to the phrase "in respect of" and the phrase "shall be paid by the beneficiary"? The answer can be given only after a consideration of: (i) the relationship s. 6A bears to ss. 6 and 9, and (ii) the consequences that would flow from one answer as opposed to the other, (iii) the context of the phrases.

prélève manifestement un impôt sur les «biens situés dans les limites de la province». Les articles 19, 20, 31 et l'al. 36(2)*d*) emploient de la même façon le mot «assujetti» ou l'expression «assujetti à» seulement dans le sens de l'objet de l'impôt.

L'expression «responsable de» a pareillement un seul et même sens dans toute la Loi. Le mot «responsable» est employé à l'art. 12 pour imposer à une personne l'obligation de payer l'impôt, bien que l'objet de l'impôt demeure les biens ou la transmission. Le mot est employé dans le même sens à l'art. 31 et au par. 41(1).

Par ailleurs, l'expression clé «relativement à» n'est pas employée uniformément dans la Loi, mais semble plutôt avoir deux sens. Elle est employée dans plusieurs articles dans le même sens que «assujetti à» c'est-à-dire pour désigner l'objet de la taxe. (Voir les art. 10A(1), 10A(3), 12(3), 13, 18, 20(1), 22, 26(1) et (2), 30(1) et (2) 32, 37(2) et 51(1) et (2).) D'autre part, l'expression semble avoir le sens de «en ce qui concerne» ou «à l'égard de» dans les articles suivants: 2(1) (définition de personne qui réside dans la province), 3A, 23, 34(2), 35(2) et 47.

Dans l'énumération qui précède, je n'ai pas fait mention des art. 6A, 9 et 14A. Ces articles méritent un examen approfondi.

Tout d'abord, l'art. 9. Il se dégage nettement des articles susmentionnés (qui se trouvaient tous dans la Loi avant les modifications de 1972) où l'expression «relativement à» est employée pour désigner l'objet de la taxation, que l'intention du rédacteur était que l'art. 9 impose la transmission des biens. En fait, tout au long des procédures, c'est l'interprétation qui a été donnée à cet article.

Passons maintenant à l'art. 6A et au cœur du problème. Quel sens faut-il donner à l'expression «relativement à» et à l'expression «le bénéficiaire doit acquitter»? On ne peut répondre à cette question qu'après avoir examiné: (i) le rapport entre l'art. 6A et les art. 6 et 9, et (ii) les conséquences qu'entraînerait une réponse plutôt qu'une autre, (iii) le contexte des expressions.

I do not think the phrase "in respect of that property" in s. 6A can possibly mean that a tax is being imposed on property, since s. 6A is expressly limited to property situate outside the province. The draftsman can not be thought to have drafted such an obvious *utra vires* measure. The only other possible subject-matter, apart from "beneficiaries", is "transmissions"; yet that is precisely the ground covered by s. 9. The impute to the draftsman an intention merely to duplicate s. 9 is equally absurd, and it is necessary to do so. The other sections referred to above show that "in respect of" is sometimes used in the Act to mean "with reference to". Therefore, it should be given that meaning here in order to give sense and purpose to the section and avoid incongruous results. The only reasonable interpretation is that the tax is placed on the beneficiary who is within the province and the measure of that tax is the value of the property bequeathed.

Are there any compelling reasons why this conclusion cannot be reached? Lambert J.A. states that the Act is replete with reference to taxes in respect of [on] property and taxes in respect of [on] transmissions and makes no references to taxes in respect of [on] persons. This is not entirely correct, as ss. 15A and 39A both speak of persons required to pay duty under the Act. The crucial fact to recall, however, referred to earlier, is that s. 6A was enacted in 1972 as an amendment to the basic Act. The provisions to which Mr. Justice Lambert referred were present in the Act before 1972, at a time when the only subject-matters were property and transmissions. The fact that the Legislature chose to proceed by piecemeal amendments, resulting in an inelegant jumble of tax bases and internal inconsistencies, is no reason to frustrate the obvious intention of the Legislature. It is useful, I think, to refer also to other sections introduced in 1972, in particular s. 14A(1) which reads in part:

> ... [w]here property passing on the death of the deceased includes a family farm or a family business, ... passes on the death of the deceased to ... a special beneficiary of the deceased, the person who is subject to,

Je ne crois pas que l'expression «relativement aux biens» à l'art. 6A puisse possiblement signifier qu'un impôt est prélevé sur les biens, puisque l'art. 6A est expressément limité aux biens situés à l'extérieur de la province. On ne peut pas penser que le rédacteur a rédigé une mesure qui constitue aussi manifestement un excès de pouvoir. Outre les «bénéficiaires», le seul autre objet possible, est les «transmissions»; toutefois, c'est précisément l'objet visé par l'art. 9. Il est tout aussi absurde d'imputer au rédacteur l'intention de simplement vouloir reproduire l'art. 9 et il est inutile de le faire. Les autres articles susmentionnés démontrent que «relativement à» est parfois utilisé dans la Loi pour signifier «en ce qui concerne». Donc, pour donner à l'article un sens et un but et éviter des résultats absurdes, c'est ce sens qu'il faut lui donner ici. La seule interprétation raisonnable est que l'impôt est exigé du bénéficiaire, qui se trouve dans les limites de la province, et que cet impôt est calculé suivant la valeur du bien légué.

Existe-t-il des raisons péremptoires qui empêchent d'en venir à cette conclusion? Le juge Lambert dit que la Loi est remplie de références aux impôts relativement aux [sur les] biens et aux impôts relativement aux [sur les] transmissions et ne parle pas d'impôts relativement aux [sur les] personnes. Cela n'est pas tout à fait exact, puisque les art. 15A et 39A parlent tous deux des personnes qui ont l'obligation de payer l'impôt en vertu de la Loi. Le point crucial, dont il faut toutefois se souvenir et dont on a déjà parlé, est que l'art. 6A a été édicté en 1972 en tant que modification à la loi originale. Les dispositions mentionnées par le juge Lambert existaient dans la Loi avant 1972, à une époque où les seuls objets étaient les biens et les transmissions. Le fait que le législateur ait choisi de procéder par modifications fragmentaires, ce qui a entraîné un fouillis inélégant d'assiettes fiscales et d'incohérences internes, n'est pas une raison de faire échec à son intention évidente. Il est utile, je crois, de mentionner également d'autres articles adoptés en 1972, en particulier le par. 14A(1) dont voici un extrait:

> [TRADUCTION] ... lorsque les biens transmis au décès d'une personne comprennent une ferme familiale ou une entreprise familiale, ... sont transmis au décès d'une personne à ... un légataire particulier du défunt, la

or personally liable for, the duties payable under this Act imposed in respect of the dutiable value of a family farm, or a family business, ... may pay those duties ... (Emphasis added.)

As I noted above, "subject to" is used consistently throughout the Act in the sense of "tax imposed on". "Liable for" obviously means a person liable under s. 12(2) or (3) where the tax is imposed on "property" or "transmissions". Section 14A appears to be the only section where the phrase "subject to" is used with "person". It is found with the 1972 amendments and it points conclusively to s. 6A as imposing a tax on a resident "beneficiary".

There remains but to mention several cases that deal with the matter of locating the subject-matter of a taxing provision: *Alworth, supra; Kerr v. Superintendent of Income Tax, supra*; and *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Income Tax, supra.* It is obvious that if one determines the subject-matter of the tax from the whole of the Act, which I think is the proper approach, then it follows that the words used in the charging provision are not alone determinative. Identical words in parallel charging sections of similar Acts may, after careful study of the whole of the Acts, result in the discovery of different subject-matters. Cases on the point will have little value as precedent.

In *Alworth*, the charging provision of the Act is s. 3, which is as follows:

Every taxpayer shall for each taxation year pay a tax of fifteen per centum calculated on his income derived from logging operations in British Columbia.

This clearly pointed to the taxpayer as the subject-matter of the tax. The Court, however, as I have indicated, examined the definition of taxpayer and concluded, at p. 452:

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,

personne qui est *assujettie* aux droits ou personnellement responsable des droits payables en vertu de la présente loi, calculés relativement à la valeur imposable d'une ferme familiale ou d'une entreprise familiale, ... peut payer ces droits ... (C'est moi qui souligne.)

Comme je l'ai dit précédemment, «assujetti à» est employé uniformément dans toute la Loi au sens «d'impôt prélevé sur». «Responsable de» signifie évidemment une personne responsable en vertu du par. 12(2) ou (3) lorsque l'impôt est prélevé sur les «biens» ou sur les «transmissions». L'article 14A paraît être le seul où l'expression «assujetti à» est employée avec le mot «personne». On le trouve dans les modifications de 1972 et il indique de façon concluante que l'art. 6A prélève un impôt sur un «bénéficiaire» qui réside dans la province.

Il ne reste qu'à mentionner différents arrêts qui portent sur la question de la détermination de l'objet d'une disposition fiscale: *Alworth*, précité; *Kerr c, Superintendent of Income Tax*, précité; et *C.P.R. v. Provincial Treasurer of Income Tax*, précité. Il est évident que si l'on détermine l'objet de l'impôt à partir de l'ensemble de la Loi, ce qui me semble être la bonne manière de procéder, il s'ensuit alors que les mots employés dans la disposition d'assujettissement ne sont pas les seuls à être déterminants. Dans des lois analogues, des mots identiques de dispositions parallèles d'assujettissement peuvent, après une étude attentive de l'ensemble des lois, permettre de découvrir des objets différents. Les décisions sur la question auront peu de valeur jurisprudentielle.

Dans *Alworth*, la disposition d'assujettissement se trouve à l'art. 3, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Pour chaque année d'imposition, tout contribuable devra payer un impôt de quinze pour cent calculé sur les revenus qu'il tire d'opérations forestières en Colombie-Britannique.

Cela désignait clairement le contribuable comme l'objet de l'impôt. Toutefois, comme je l'ai dit, la Cour a examiné la définition de contribuable et a conclu, à la p. 452:

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,

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.

In *Kerr v. Superintendent of Income Tax and Attorney-General for Alberta, supra*, *The Income Tax Act*, 1932 (Alta.), c. 5, contained the following charging section:

8. (1) There shall be assessed, levied and paid upon the income during the preceding year of every person—

. . .

a tax at the rates applicable to persons other than corporations and joint stock companies set forth in the first schedule of this Act upon the amount of income in excess of the exemptions provided in this Act, and every person in respect of whose income any tax has been so assessed and levied shall pay the amount of the tax so assessed and levied together with an additional sum of three dollars:

Here, as in the case at bar, the charging section arguably pointed to a tax on income (property) rather than on a person. Nevertheless, this Court held it was a tax "*in personam*". Rinfret J. said, at p. 439:

Assuming that some ambiguity is to be found in the charging section of the Alberta Act—and perhaps a little more so since the amendment of 1934 already referred to—I must come to the conclusion that, taking the statute as a whole and reading sec. 8(1) in the light of the other sections and of the general tenor of the statute, the basis and subject-matter in respect to which the taxation here in question is imposed is the person who receives the income, and that it is not a specific tax upon the property, a tax on the thing apart from the person; and, therefore, it is a personal tax

C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba, supra, is plain and straightforward. There, the charging section (s. 26 of *The Manitoba Corporation Income Tax Act*, 1947 (Man.), c. 52) reads:

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.

Dans *Kerr c. Superintendent of Income Tax et Procureur général de l'Alberta*, précité, *The Income Tax Act*, 1932 (Alta.), chap. 5, contenait l'article suivant:

[TRADUCTION] 8. (1) Il doit être cotisé, prélevé et payé sur le revenu de l'année précédente de chaque personne—

. . .

un impôt selon les taux applicables aux personnes autres que les corporations et les compagnies par actions énumérées dans la première annexe de la présente loi, sur le montant du revenu qui excède les exemptions prévues dans la présente loi, et chaque personne sur le revenu de laquelle un impôt a été ainsi cotisé et prélevé doit payer le montant de l'impôt ainsi cotisé et prélevé et un montant additionnel de trois dollars:

On peut soutenir que, dans cette affaire comme en l'espèce, la disposition d'assujettissement visait un impôt sur le revenu (les biens) plutôt que sur les personnes. Néanmoins, cette Cour a jugé que c'était un impôt «personnel». Le juge Rinfret a dit, à la p. 439:

[TRADUCTION] Si l'on tient pour acquis qu'il existe une ambiguïté dans la disposition d'assujettissement de la loi albertaine—ce qui est peut-êre davantage le cas depuis la modification de 1934 déjà mentionnée—je dois conclure que, si l'on considère la Loi dans son ensemble et le par. 8(1) à la lumière des autres articles et de la teneur générale de la Loi, l'assiette et l'objet relativement auxquels l'impôt en question ici est prélevé est la personne qui reçoit le revenu, et qu'il ne s'agit pas d'un impôt spécifique sur les biens, un impôt sur la chose indépendamment de la personne; par conséquent, c'est un impôt personnel.

C.P.R. v. Provincial Treasurer of Manitoba, précité, est simple et sans détour. Dans cette affaire, la disposition d'assujettissement (art. 26 de *The Manitoba Corporation Income Tax Act*, 1947 (Man.), chap. 52), se lit ainsi:

26(1) Every corporation shall pay an income tax equal to five per centum of that portion of its income that is attributable to its operations in Manitoba during each of the fiscal years of the corporation.

Freedman J., as he then was, compared this charging section with the one in *Kerr*, just discussed, and concluded, at p. 241:

But s. 26 of the Act before me says that "*every corporation shall pay* an income tax equal to five per centum." Is there any ambiguity here? I see none. It appears to me that the tax is by the charging section clearly imposed upon the person—the corporate person, that is—in respect of its income. If in the *Kerr* case the statute was held to impose a tax on the person rather than a tax on income apart from the person, how much stronger is the case for a similar conclusion here!

I read the words "duty under this Act shall be paid by the beneficiary" in s. 6A as designating the beneficiary as the subject-matter, as well as the payer, of the tax, and the words "in respect of that property" in the sense of "as related to", or "on the basis of", the property of which he is the beneficiary. I agree with counsel for the Attorney General of Canada that when the Legislature of British Columbia added s. 6A, it must have intended to place a new tax burden on someone or something. The conclusion would seem inescapable that the intention was to place the new tax burden on the beneficiary in British Columbia, not only because he is directly ordered to pay, but also because the pre-1972 legislation had already placed a burden on the only other possible targets, property, and transmissions.

I hold that s. 6A, the charging section, imposes an *in personam* tax on a resident beneficiary, and that the section is one which the Legislature is entitled to enact.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Courts below, and declare that s. 6A of *The Succession Duty Act* of British Columbia is within the legislative competence of the Legislature of

[TRADUCTION] 26(1) Toute corporation doit payer un impôt sur le revenu égal à cinq pour cent de la partie de son revenu qui est imputable à son entreprise au Manitoba pendant chacune de ses années financières.

Le juge Freedman, tel était alors son titre, a comparé cette disposition fiscale avec celle en cause dans l'affaire *Kerr*, que l'on vient d'examiner, et a conclu, à la p. 241:

[TRADUCTION] Mais l'art. 26 de la Loi qui m'est soumise dit que «*toute corporation doit payer* un impôt sur le revenu égal à cinq pour cent.» Cela présente-t-il une ambiguïté? Je n'en vois pas. La disposition d'assujettissement fiscal me paraît clairement prélever un impôt sur la personne—savoir la personne morale—relativement à son revenu. Si dans l'arrêt *Kerr* on a jugé que la Loi prélevait un impôt sur la personne plutôt qu'un impôt sur le revenu indépendamment de la personne, une conclusion semblable en l'espèce est d'autant plus justifiée!

Selon mon interprétation, les mots «le bénéficiaire doit acquitter les droits en vertu de la présente loi» à l'art. 6A désignent le bénéficiaire comme l'objet aussi bien que le payeur de l'impôt, et les mots «relativement aux biens» ont le sens de «se rapportant aux» ou «sur la base des» biens dont il est le bénéficiaire. Je partage l'opinion du procureur général du Canada que, lorsque le législateur de la Colombie-Britannique a ajouté l'art. 6A, il a nécessairement eu l'intention d'imposer à quelqu'un ou à quelque chose un nouveau fardeau fiscal. La conclusion inévitable serait que l'on avait l'intention d'imposer un nouveau fardeau fiscal au bénéficiaire en Colombie-Britannique, non seulement parce qu'on lui ordonne directement de payer, mais également parce que la loi antérieure à 1972 avait déjà imposé un fardeau aux seules autres cibles possibles, les biens et les transmissions.

Je suis d'avis que l'art. 6A, la disposition d'assujettissement, prélève un impôt personnel sur un bénéficiaire qui réside dans la province et qu'il s'agit d'un article que la législature a le pouvoir d'adopter.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions des cours d'instance inférieure et de déclarer que l'art. 6A de *The Succession Duty Act* de la Colombie-Britannique relève de la compé-

British Columbia. The Attorney General of British Columbia should pay the costs of the respondents in this Court and, in accordance with the agreement of the parties, the respondents will pay his costs in the Court of first instance. There should be no costs payable to or by the intervenants.

Judgment accordingly.

Solicitors for the defendant, appellant: Harman & Co., Victoria.

Solicitors for the plaintiffs, respondents: Crease & Co., Victoria.

tence législative de la législature de la Colombie-Britannique. Le procureur général de la Colombie-Britannique paiera les dépens des intimées en cette Cour et, selon l'entente entre les parties, les intimées paieront ses dépens en première instance. Il n'y aura aucuns dépens adjugés aux intervenants ou contre eux.

Jugement en conséquence.

Procureurs du défendeur, appelant: Harman & Co., Victoria.

Procureurs des demanderesses, intimées: Crease & Co., Victoria.

Roman Adolfe Gralewicz, John Royce, Roy Norris Willis, Roger Desjardins, Richard Thomasson, Edwin Aldon Williams, Hedley Harnum, Andre Bansept, William Lisenchuk, William Mercer and George Baldo *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: February 11, 12; 1980: October 7.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to prevent members of a union from participating in the lawful activities of their union — Whether the information discloses an offence known to the law — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2) — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 110.

Labour law — Right of employees to participate in the lawful activities of the union of their choice — Members of a union being prevented from exercising such a right — Whether that conduct is an unlawful purpose within the meaning of s. 423(2)(a) of the Criminal Code — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 110, 184, 185, 191(1) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(2)(a).

The appellants have been charged, under s. 423(2)(*a*) of the *Criminal Code*, with conspiracy "to effect an unlawful purpose": to prevent members of Seafarers' International Union from participating in the lawful activities of their union, in accordance with s. 110(1) of the *Canada Labour Code*. Brown J. of the Provincial Court of Ontario quashed the information on the grounds that (1) it was general and vague and was lacking in substance falling short of the requirements contained in s. 510 of the *Criminal Code* and (2) it did not allege an offence known to our criminal law. The Supreme Court of Ontario set aside the order of Brown J. and made an order in the nature of *mandamus* directing that the matter be returned to the Provincial Court for preliminary hearing and the Court of Appeal affirmed that decision. Hence the appeal to this Court on both grounds dealt with by the Provincial Court and on the further ground raised before the Supreme Court of Ontario and the Court of Appeal that *mandamus* is not available as a remedy in this case.

Roman Adolfe Gralewicz, John Royce, Roy Norris Willis, Roger Desjardins, Richard Thomasson, Edwin Aldon Williams, Hedley Harnum, Andre Bansept, William Lisenchuk, William Mercer et George Baldo *Appellants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 11, 12 février; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Complot — Complot pour empêcher des membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat — Dénonciation révélant une infraction connue en droit — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2) — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110.

Droit du travail — Droit des employés de participer aux activités licites du syndicat de leur choix — Membres d'un syndicat empêchés d'exercer ce droit — S'agit-il d'un dessein illicite au sens de l'art. 423(2)a) du Code criminel? — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110, 184, 185, 191(1) — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a).

Les appelants ont été accusés, en vertu de l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel*, d'un complot «en vue d'accomplir un dessein illicite»: empêcher des membres du Syndicat international des marins de participer aux activités licites de leur syndicat, conformément au par. 110(1) du *Code canadien du travail*. Le juge Brown de la Cour provinciale de l'Ontario a annulé la dénonciation aux motifs (1) qu'elle est générale, vague, manque de substance et ne répond pas aux exigences de l'art. 510 du *Code criminel* et (2) qu'elle ne fait pas état d'une infraction connue dans notre droit. La Cour suprême de l'Ontario a infirmé l'ordonnance du juge Brown et ordonné en des termes proches d'un *mandamus* que l'affaire soit renvoyée à la Cour provinciale pour l'enquête préliminaire et la Cour d'appel a confirmé cette décision. D'où, le pourvoi à cette Cour sur les deux moyens dont la Cour provinciale a traités et sur l'autre moyen soulevé en Cour suprême de l'Ontario et en Cour d'appel, savoir qu'un *mandamus* n'est pas un recours utilisable en l'espèce.

Held (Martland and McIntyre JJ., *dissenting*): The appeal should be allowed.

Per Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.: The first submission of the appellants that the *Labour Code* is a complete and exhaustive code by itself and that s. 110 is merely declaratory and contains no requirement and no prohibition has little merit. The fact that within a code of labour relations there is no specific sanction to enforce the rights of employees to participate in the lawful activities of their union does not sanctify otherwise criminal conduct. However, the appellants' second contention, namely that their conduct does not amount to a conspiracy to effect an unlawful purpose within the meaning of s. 423(2)(*a*) of the *Criminal Code* is well-founded. Unlawful purpose in that paragraph means contrary to law, that is prohibited by federal or provincial legislation. There are no Canadian cases where a charge of conspiracy was upheld based on conduct not prohibited by legislation. To prevent members from participating in the lawful activities of their union is not necessarily unlawful. It is possible to conceive of many situations where it would not be so. The information is not here related to the means. It is not laid under s. 423(2)(*b*), nor under s. 381, nor under any other section charging a specific crime. It is laid under s. 423(2)(*a*) and as laid it does not set out an offence known to the law of Canada.

Per Martland and McIntyre JJ., *dissenting*: While it may be doubtful if any effective sanction for the enforcement or protection of the rights of employees to participate in the lawful activities of a trade union appears in the *Canada Labour Code*, s. 381 of the *Criminal Code* makes it an offence and therefore an unlawful purpose to use the means therein described to compel a person to abstain from doing anything he has a lawful right to do. The fact that Crown counsel did not rely upon s. 381 of the *Criminal Code* does not prevent this Court from considering its effect and finding that the unlawful purpose alleged in the information falls within the terms of this section. Secondly, the information meets the requirements of the law and thirdly, the error made by the trial judge results in a failure on his part to exercise his jurisdiction and *mandamus* will lie to compel such exercise.

[*R. v. Celebrity Enterprises Ltd. et al.*, [1977] 4 W.W.R. 144 aff'd (1979), 42 C.C.C. (2d) 478, leave to appeal refused, [1978] 1 S.C.R. xi; *R. v. Knuller*, [1973] A.C. 435; *R. v. Withers*, [1975] A.C. 842; *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220; *Re Thodas* (1970), 10

Arrêt (Les juges Martland et McIntyre sont *dissidents*): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard: Le premier argument présenté au nom des appelants que le *Code du travail* est un code complet et exhaustif en lui-même et que l'art. 110 n'a qu'un effet déclaratoire et ne renferme aucune prescription ou interdiction, est peu fondé. L'absence, dans un code de relations de travail, de toute sanction spécifique pour faire respecter les droits des employés de participer aux activités licites de leur syndicat ne justifie pas une conduite par ailleurs criminelle. Toutefois le deuxième argument des appelants est bien fondé, savoir que leur conduite ne constitue pas un complot en vue d'accomplir un dessein illicite au sens du par. 423(2)*a*) du *Code criminel*. Dessein illicite dans ce paragraphe signifie dessein contraire à la loi, c'est-à-dire interdit par une loi fédérale ou provinciale. Les tribunaux canadiens n'ont jamais retenu une accusation de complot fondée sur une conduite non interdite par la loi. Empêcher les membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat n'est pas nécessairement illicite. On peut concevoir de nombreux cas à l'appui de cette affirmation. La dénonciation ne se rapporte pas dans ce cas aux moyens. Elle n'a été faite ni en vertu de l'al. 423(2)*b*) ni de l'art. 381 ni d'un autre article prévoyant un crime matériel précis. Elle est faite en vertu de l'al. 423(2)*a*) et, telle qu'elle est formulée, elle ne fait pas état d'une infraction connue du droit canadien.

Les juges Martland et McIntyre, *dissidents*: Bien qu'il semble douteux que l'on trouve dans le *Code canadien du travail* des sanctions réelles en cas de non-respect ou de non-garantie du droit des employés de participer dans des activités licites d'un syndicat, il reste que l'art. 381 du *Code criminel* érige en infraction et, par conséquent, en dessein illicite, l'usage des moyens qui y sont décrits en vue d'obliger une personne à s'abstenir de faire une chose qu'elle a légalement le droit de faire. Le fait que le substitut du procureur général ne s'est pas fondé sur l'art. 381 du *Code criminel* n'empêche pas cette Cour d'étudier la portée de l'article et de conclure que le dessein illicite, allégué dans la dénonciation, relève de cet article. Deuxièmement, la dénonciation répond aux prescriptions de la loi et troisièmement, comme l'erreur du juge du procès a pour résultat qu'il ne peut exercer sa compétence, on peut avoir recours au *mandamus* pour l'obliger à l'exercer.

[Jurisprudence: *R. v. Celebrity Enterprises Ltd. et al.*, [1977] 4 W.W.R. 144, conf. par (1979), 42 C.C.C. (2d) 478, autorisation d'appel refusée [1978] 1 R.C.S. xi; *R. v. Knuller*, [1973] A.C. 435; *R. v. Withers*, [1975] A.C. 842; *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220; *Re Thodas*

C.R.N.S. 290; *R. v. Chapman and Grange*, [1973] 2 O.R. 290; *R. v. Jean Talon Fashion Centre Inc.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 223; *Frey v. Fedoruk et al.*, [1950] S.C.R. 517, referred to; *Wright, McDermott & Feeley v. The Queen*, [1964] S.C.R. 192, distinguished.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario setting aside the order of Brown J. of the Provincial Court quashing the information. Appeal allowed and order of the Provincial Court restored, Martland and McIntyre JJ. dissenting.

Joseph Nuss, Q.C., and *Aubrey E. Golden, Q.C.*, for the appellants.

John A. Scollin, Q.C., and *D. D. G. Reynolds*, for the respondent.

The reasons of Martland and McIntyre JJ. were delivered by

MCINTYRE J. (*dissenting*)—The facts involved in this case are set out in the reasons for judgment of my brother, Chouinard J., which I have had the advantage of reading. However, I am unable to reach the same conclusion that he did. I would dismiss the appeal and direct that the trial of the appellants, on the information set out below, proceed. The information was in these words:

(1) that Roman Adolfe GRALEWICZ, John ROYCE, Roy Norris WILLIS, Roger DESJARDINS, Richard THOMASSON, Edwin Aldon WILLIAMS, Hedley HARNUM, Andre BANSEPT, William LISENCHUK, Walter MERCER and George BALDO, between the 1st day of January 1971 and the 18th day of January 1977 in the Province of Ontario and elsewhere in the Dominion of Canada, unlawfully did conspire and agree together, the one with the other and with John Robert LAZARUS, John PEARSON, Glen Patrick MILLEY, Ian Joseph VICKERS, Lawrence CAREY, George KEAGAN, Donald Roy SWAIT, Arthur HUNT, Michael DABOUR, John Richard WOOD, Kenneth Henry MCGUIRE, and with another person or persons unknown to effect an unlawful purpose to wit: to prevent members of the Seafarers' International Union of Canada from participating in the lawful activities of their Union,

(1970), 10 C.R.N.S. 290; *R. v. Chapman and Grange*, [1973] 2 O.R. 290; *R. v. Jean Talon Fashion Centre Inc.* (1975), 22 C.C.C. (2d) 223; *Frey c. Fedoruk et autres*, [1950] R.C.S. 517; distinction faite avec l'arrêt *Wright, McDermott & Feeley c. La Reine*, [1964] R.C.S. 192.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel d'un jugement de la Cour suprême de l'Ontario qui avait infirmé l'ordonnance du juge Brown de la Cour provinciale annulant la dénonciation. Pourvoi accueilli et ordonnance de la Cour provinciale rétablie, les juges Martland et McIntyre sont dissidents.

Joseph Nuss, c.r., et *Aubrey E. Golden, c.r.*, pour les appelants.

John A. Scollin, c.r., et *D. D. G. Reynolds*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Martland et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE (*dissident*)—Les faits de l'espèce ont été exposés par mon collègue le juge Chouinard dont j'ai eu l'occasion de lire les motifs. Il m'est toutefois impossible de parvenir à la même conclusion que lui. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner la continuation du procès des appelants sur la base de la dénonciation qui se lit comme suit:

[TRADUCTION]

(1) Qu'entre le 1er janvier 1971 et le 18 janvier 1977, en Ontario et ailleurs au Canada, Roman Adolfe GRALEWICZ, John ROYCE, Roy Norris WILLIS, Roger DESJARDINS, Richard THOMASSON, Edwin Aldon WILLIAMS, Hedley HARNUM, André BANSEPT, William LISENCHUK, Walter MERCER et George BALDO ont illégalement comploté et convenu ensemble, les uns avec les autres, et avec John Robert LAZARUS, John PEARSON, Glen Patrick MILLEY, Ian Joseph VICKERS, Lawrence CAREY, George KEAGAN, Donald Roy SWAIT, Arthur HUNT, Michael DABOUR, John Richard WOOD, Kenneth Henry MCGUIRE, et avec une autre personne ou d'autres personnes inconnues, en vue d'accomplir un dessein illicite, savoir, empêcher des membres du Syndicat international des marins canadiens de participer aux activités licites de leur syndicat, conformément au par. 110 (1) du *Code*

in accordance with Section 110(1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970 chapter L-1 as amended, by committing the following acts, to wit:

1) Threats and assaults upon members of the said Union,

2) Possession and use of offensive weapons,

3) Defrauding members of the said Union through falsifying expenses,

4) Violations of the articles of the said Union's Constitution as they relate to elections, trials and individual rights,

5) Unlawfully preventing the said Union members from obtaining employment,

thereby committing an offence contrary to Section 423(2)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, chapter C-34.

In this matter, I am of the opinion that the dismissal of the appellant's appeal in the Ontario Court of Appeal is sustainable for the reasons there given. I am also of the opinion that the appeal should fail for yet another reason.

The information alleges an offence against the provisions of s. 423(2)(*a*) of the *Criminal Code* which provides:

(2) Every one who conspires with any one

(*a*) to effect an unlawful purpose, or

(*b*) . . . .

is guilty of an indictable offence . . . .

Section 381 of the *Criminal Code* is set out as follows:

381. (1) Every one who, wrongfully and without lawful authority, for the purpose of compelling another person to abstain from doing anything that he has a lawful right to do, or to do anything that he has a lawful right to abstain from doing,

(*a*) uses violence or threats of violence to that person or to his wife or children, or injures his property,

(*b*) intimidates or attempts to intimidate that person or a relative of that person by threats that, in Canada or elsewhere, violence or other injury will be done to or punishment inflicted upon him or a relative of his, or that the property of any of them will be damaged,

(*c*) persistently follows that person about from place to place,

canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, et modifications, en posant les actes suivants, savoir:

(1) en usant de menaces et en exerçant des voies de faits simples sur les membres du Syndicat;

(2) en ayant en leur possession et en utilisant des armes offensives;

(3) en escroquant les membres du Syndicat par la falsification des dépenses;

(4) en contrevenant aux articles des statuts du Syndicat qui ont trait aux élections, aux enquêtes et aux droits individuels;

(5) en empêchant illégalement les membres du Syndicat d'obtenir de l'emploi;

commettant ainsi un acte criminel en vertu de l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Je suis d'avis que le rejet de l'appel interjeté par les appelants devant la Cour d'appel de l'Ontario est bien fondé pour les motifs qui y sont énoncés. Je suis également d'avis que le pourvoi devrait être rejeté pour un autre motif.

La dénonciation fait état d'une infraction prévue à l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel* qui prévoit que:

(2) Quiconque complote avec quelqu'un

a) d'accomplir un dessein illicite, ou

b) . . .

est coupable d'un acte criminel . . .

L'article 381 du *Code criminel* se lit comme suit:

381. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, injustement et sans autorisation légitime, dans le dessein de forcer une autre personne à s'abstenir de faire une chose qu'elle a légalement le droit de faire, ou à faire une chose qu'elle peut légalement s'abstenir de faire,

a) use de violence ou de menaces de violence envers cette personne, ou envers sa femme ou ses enfants, ou endommage ses biens;

b) intimide ou tente d'intimider cette personne ou un parent de cette personne par des menaces de violence ou d'un autre mal, ou de quelque peine, à elle ou à l'un de ses parents, ou de dommage aux biens de l'un quelconque d'entre eux, au Canada ou ailleurs;

c) suit avec persistance cette personne de place en place;

(*d*) hides any tools, clothes or other property owned or used by that person, or deprives him of them or hinders him in the use of them,

(*e*) with one or more other persons follows that person, in a disorderly manner, on a highway,

(*f*) besets or watches the dwelling-house or place where that person resides, works, carries on business or happens to be, or

(*g*) blocks or obstructs a highway,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) A person who attends at or near or approaches a dwelling-house or place, for the purpose only of obtaining or communicating information, does not watch or beset within the meaning of this section.

When this section was referred to in the argument before this Court, counsel for the Crown, as I understood him, said that the Crown did not rely on it, that it never had, and that the similarity between the particulars given in the information, and in s. 381 of the *Criminal Code*, was purely coincidental. It was said further that the appellants had not been charged under that section. It seemed to have been assumed by counsel that somehow the section was removed from consideration.

The principal question raised in this appeal is whether the information discloses an offence known to the law. The fact that Crown counsel considered that a particular section of the *Criminal Code* was not relied upon in drafting the information does not preclude this Court from considering the effect of the section and finding that the unlawful purpose, alleged in the information, falls within the terms of s. 381 of the *Criminal Code*. While the information, to disclose an offence, must allege a conspiracy to effect an unlawful purpose, specific reference to a numbered section of the *Criminal Code* is not necessary.

Section 110 of the *Canada Labour Code* confers rights upon employees to join trade unions and participate in their lawful activities. While it may be doubtful if any effective sanction for the enforcement or protection of such rights appears in the *Canada Labour Code*, s. 381 of the *Criminal Code* makes it an offence and, therefore, an unlawful purpose to use the means therein described to compel a person to abstain from doing anything he

d) cache des outils, vêtements ou autres biens, possédés ou employés par cette personne, ou l'en prive ou fait obstacle à l'usage qu'elle en fait;

e) avec un ou plusieurs autres, suit désordonnément cette personne sur une grande route;

f) cerne ou surveille la maison d'habitation ou le lieu où cette personne réside, travaille, exerce son entreprise ou se trouve; ou

g) bloque ou obstrue une grande route.

(2) Ne surveille ni ne cerne, au sens du présent article, celui qui est présent à ou près une maison d'habitation ou un lieu, ou s'en approche, à seule fin d'obtenir ou de communiquer des renseignements.

Au cours des débats devant cette Cour, le substitut du procureur général, si je l'ai bien compris, a affirmé que le ministère public n'invoquait pas l'article en question, qu'il ne l'avait jamais invoqué et que toute ressemblance entre les détails donnés dans la dénonciation et l'art. 381 du *Code criminel* est pure coïncidence. On a également fait valoir que les appelants n'avaient pas été inculpés sous l'autorité de cet article. Il semble que les avocats ont tenu pour acquis que pour une raison ou une autre, l'article était exclu du débat.

La question principale soulevée dans ce pourvoi est de savoir si la dénonciation fait état d'une infraction connue en droit. Le fait que le substitut ait estimé qu'on ne s'est pas fondé sur un article précis du *Code criminel* pour rédiger la dénonciation n'empêche pas cette Cour d'étudier la portée de l'article et de conclure que le dessein illicite, allégué dans la dénonciation, relève de l'art. 381 du *Code criminel*. Bien que la dénonciation doive imputer un complot en vue d'accomplir un dessein illicite pour qu'il y ait une infraction, il n'est pas nécessaire de faire spécifiquement mention du numéro d'un article du *Code criminel*.

L'article 110 du *Code canadien du travail* donne à tout employé le droit d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites. Bien qu'il semble douteux que l'on trouve dans le *Code canadien du travail* des sanctions réelles en cas de non-respect ou de non-garantie de ce droit, il reste que l'art. 381 du *Code criminel* érige en infraction et, par conséquent, en dessein illicite, l'usage des moyens qui y sont décrits en vue de

has a lawful right to do. The information alleges a conspiracy to prevent members of the Seafarers' International Union of Canada from participating in the lawful activities of their union by committing the acts described in the information, thereby making the use of the described means a part of the unlawful purpose alleged. Such a conspiracy would therefore be a conspiracy to effect an unlawful purpose, and would be an offence within s. 423(2)(*a*) of the *Criminal Code*. I am, of course, far from saying that the Crown would be able to prove its case at trial, but I am of the view that an offence has been alleged in the information and the trial should proceed.

To the argument, which could be raised by counsel for the appellants, that reliance on s. 381 of the *Criminal Code* could take the appellants by surprise and prejudice them in their defence, there is a short answer. This argument might well have force where a previously unmentioned issue is raised after the completion of the evidence at a trial and before judgment, or even where it is produced during a trial when the defence has already adopted a position without consideration of the effect or influence such a change in the Crown position might have. However, that does not apply here where no trial has been commenced, and the appellants would have, from the outset, abundant notice of the problems they face.

Two other points raised by the appellants require attention. It was argued that the information, as presented to the Court, was void for uncertainty because it lacked the fundamental requirements of specificity of time, place, matter and other essential ingredients, and, secondly, that there was error on the part of the Court of Appeal in holding that *mandamus* was available as a remedy in this case.

Dealing with the first point, in my view, it has no merit. The information charges a specific conspiracy between stated dates to effect a precisely stated objective and meets the requirements of the law in that respect.

forcer une personne à s'abstenir de faire une chose qu'elle a légalement le droit de faire. La dénonciation allègue un complot en vue d'empêcher, au moyen des actes y décrits, les membres du Syndicat international des marins canadiens de participer aux activités licites de leur syndicat faisant ainsi de l'usage de ces moyens une partie intégrante du dessein illicite allégué. Pareil complot équivaut donc à un complot en vue d'accomplir un dessein illicite et constitue ainsi une infraction au sens de l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel*. Bien entendu, je suis loin de dire que le ministère public serait en mesure d'en faire la preuve au procès. Je suis toutefois d'avis que la dénonciation allègue la perpétration d'une infraction et que le procès devrait suivre son cours.

A l'argument que pourraient soulever les avocats des appelants que la décision de se fonder sur l'art. 381 du *Code criminel* pourrait prendre les appelants par surprise et nuire à leur défense, il est une réponse simple. Il s'agit d'un argument qui pourrait bien avoir du poids lorsqu'on soulève une question qui ne l'a pas été jusque-là après la clôture de la preuve au procès et avant le prononcé du jugement ou qu'on la présente au cours d'un procès après que la défense a pris position sans égard à l'effet ou aux répercussions que pourrait avoir un tel changement sur la position du ministère public. L'argument ne peut, toutefois, s'appliquer en l'espèce puisque le procès n'a pas été entamé et que les appelants seraient dès le départ suffisamment informés des problèmes auxquels ils auraient à faire face.

Il convient de s'arrêter à deux autres points soulevés par les appelants. Ils font valoir que la dénonciation, présentée devant la Cour, est nulle en raison de ses imprécisions, puisqu'il lui manque les éléments fondamentaux de spécificité quant au temps, au lieu et à l'objet de l'affaire et aux autres éléments essentiels et que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant qu'on peut recourir au *mandamus* en l'espèce.

A mon avis, le premier point n'est pas bien fondé. La dénonciation contient une accusation spécifique de complot tramé entre des dates précises en vue d'un objectif précisément arrêté. Elle répond aux prescriptions de la loi à cet égard.

As to the second point, the facts are that before election and plea, and before any consideration was given to the merits of the case, the motion to quash was made to the trial judge, and it succeeded. Where, as here, error is made by a trial judge in these circumstances, which results in a failure by the trial judge to exercise his jurisdiction, *mandamus* will lie to compel such exercise. For this proposition, authority is found in *Kipp v. Attorney General for Ontario*[1], and the authorities referred to therein, including the very helpful judgment of Grant J. at trial in the *Kipp*[2] case, which was specifically approved by Judson J., speaking for the majority of this Court. I would dismiss the appeal.

The judgment of Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, and Chouinard JJ. was delivered by

CHOUINARD J.—Upon motion of the appellants the following information was quashed by order of Judge Brown of the Provincial Court (Criminal Division) of the District of York:

That Roman Adolfe Gralewicz, John Royce, Roy Norris Willis, Roger Desjardins, Richard Thomasson, Edwin Aldon Williams, Hedley Harnum, Andre Bansept, William Lisenchuk, Walter Mercer, and George Baldo between the 1st day of January, 1971 and the 18th day of January, 1977, in the Province of Ontario and elsewhere in the Dominion of Canada, unlawfully did conspire and agree together, the one with the other and with John Robert Lazarus, John Pearson, Glen Patrick Milley, Ian Joseph Vickers, Lawrence Carey, George Keagan, Donald Roy Swait, Arthur Hunt, Michael Dabour, John Richard Wood, Kenneth Henry McGuire, and with another person or persons unknown to effect an unlawful purpose, to wit: to prevent members of the Seafarers' International Union of Canada from participating in the lawful activities of their Union, in accordance with Section 110 (1) of the *Canada Labour Code* R.S.C. 1970 Chapter L-1 as amended, by committing the following acts, to wit:

(1) Threats and assaults upon members of the said Union;

(2) Possession and use of offensive weapons;

[1] [1965] S.C.R. 57.
[2] [1963] 3 C.C.C. 72.

Quand au second point, il faut noter que la requête en annulation a été présentée au juge du procès qui y a fait droit avant que les appelants aient fait leur choix et présenté leur plaidoyer et que le tribunal ait statué au fond. Lorsque, comme en l'espèce, l'erreur du juge du procès vu les circonstances fait qu'il ne peut exercer sa compétence, alors on peut avoir recours au bref de *mandamus* pour l'obliger à l'exercer. On trouve à l'appui de cette thèse l'arrêt *Kipp c. Procureur général de l'Ontario*[1], et la jurisprudence qui y est citée, dont le très utile jugement de première instance du juge Grant dans l'affaire *Kipp*[2], spécifiquement approuvé par le juge Judson qui parlait au nom de la majorité de cette Cour. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard rendu par

LE JUGE CHOUINARD—A la requête des appelants, la dénonciation suivante a été annulée aux termes d'une ordonnance prononcée par le juge Brown de la Division criminelle de la Cour provinciale du district de York:

[TRADUCTION] Qu'entre le 1er janvier 1971 et le 18 janvier 1977, en Ontario et ailleurs au Canada, Roman Adolfe Gralewicz, John Royce, Roy Norris Willis, Roger Desjardins, Richard Thomasson, Edwin Aldon Williams, Hedley Harnum, André Bansept, William Lisenchuk, Walter Mercer et George Baldo ont illégalement comploté et convenu ensemble, les uns avec les autres, et avec John Robert Lazarus, John Pearson, Glen Patrick Milley, Ian Joseph Vickers, Lawrence Carey, George Keagan, Donald Roy Swait, Arthur Hunt, Michael Dabour, John Richard Wood, Kenneth Henry McGuire, et avec une autre personne ou d'autres personnes inconnues, en vue d'accomplir un dessein illicite, savoir, empêcher des membres du Syndicat international des marins canadiens de participer aux activités licites de leur syndicat, conformément au par. 110 (1) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1, et modifications, en posant les actes suivants, savoir:

(1) en usant de menaces et en exerçant des voies de faits simples sur les membres du Syndicat;

(2) en ayant en leur possession et en utilisant des armes offensives;

[1] [1965] R.C.S. 57.
[2] [1963] 3 C.C.C. 72.

(3) Defrauding members of the said Union through falsifying expenses;

(4) Violations of the articles of the said Unions's Constitution as they relate to elections, trials and individual rights;

(5) Unlawfully preventing the said Union members from obtaining employment,

Thereby committing an offence contrary to Section 423 (2) (*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970 Chapter C-34.

The Supreme Court of Ontario set aside the order of Judge Brown and made an order in the nature of *mandamus* directing "that this matter be returned to the Provincial Court (Criminal Division), Judicial District of York for a Judge thereof, other than His Honour Judge A. B. Brown, to proceed with the preliminary inquiry for the trial of the accused upon the information herein".

The appeal to the Court of Appeal was dismissed.

The grounds raised by the motion to quash are summarized as follows by Judge Brown:

... One, the information is general, vague and confusing and is lacking in substance falling short of the requirements contained in Section 510 of the *Criminal Code* of Canada. Two, the information does not allege an offence known to our criminal law.

On the first ground the judge concluded:

After careful consideration of the authorities and of the charge before me, and, of course, the careful submissions of counsel, I accede to the submissions of defence counsel, that the information is confusing and lacks the fundamental requirements of specificity in relation to time, place and matter, and that it does not meet the essential requirements of Section 510 of the *Criminal Code*. And I also find that it is beyond redemption by amendment.

Accordingly, I rule that it is a nullity, and the information is therefore quashed.

The judge nevertheless went on to consider the second ground and concluded that were he forced to make a decision on this point, he would lean toward the views expressed by Judge Trainor of

(3) en escroquant les membres du Syndicat par la falsification des dépenses;

(4) en contrevenant aux articles des statuts du Syndicat qui ont trait aux élections, aux enquêtes et aux droits individuels;

(5) en empêchant illégalement les membres du Syndicat d'obtenir de l'emploi;

commettant ainsi un acte criminel en vertu de l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34.

La Cour suprême de l'Ontario a infirmé l'ordonnance du juge Brown et a ordonné en des termes proches d'un *mandamus* [TRADUCTION] «que l'affaire soit renvoyée à la Division criminelle de la Cour provinciale du district judiciaire de York pour qu'un de ses juges, autre que M. le juge A.B. Brown, procède à l'enquête préliminaire en vue du procès des accusés à partir de la dénonciation ci-jointe».

L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été rejeté.

Les moyens soulevés dans la requête en annulation ont été résumés comme suit par le juge Brown:

[TRADUCTION] ... Premièrement, la dénonciation est générale, vague et confuse. Elle manque de substance et ne répond pas aux exigences de l'art. 510 du *Code criminel* du Canada. Deuxièmement, la dénonciation ne fait pas état d'une infraction connue dans notre droit criminel.

Sur le premier moyen, le juge a conclu:

[TRADUCTION] Après un examen attentif de la jurisprudence et de l'accusation, et, bien sûr, des arguments bien pesés des avocats, je souscris aux arguments de l'avocat des défendeurs portant que la dénonciation est confuse, qu'il lui manque les éléments fondamentaux de spécificité quant au temps, au lieu et à l'objet et qu'elle ne répond pas aux exigences essentielles de l'art. 510 du *Code criminel*. Je suis, en outre, d'avis qu'aucun amendement ne peut y remédier.

Je conclus donc à la nullité de la dénonciation qui est par conséquent annulée.

Le juge a néanmoins étudié le second moyen d'appel et a conclu que s'il avait à rendre une décision sur ce point, il serait enclin à partager l'opinion du juge Trainor de la Cour de comté de la Colombie-Britannique dans *R. v. Celebrity*

the County Court of British Columbia in *R. v. Celebrity Enterprises Ltd. et al.* [3]:

... which would lead me to say that in my view it is not an unlawful purpose within Section 423 of the *Criminal Code* of Canada to enter into an agreement to prevent a person from participating in activities of his Union merely because that right of free participation is so declared by virtue of the provisions of Section 110 of the *Canada Labour Code*.

Considering the two grounds in the reverse order, Carruthers J. of the Supreme Court of Ontario held that the offence as set out in s. 423 (2)(*a*) of the *Criminal Code* is contained in the information and that the information does meet the requirements of s. 510 of the *Code*.

The Court of Appeal took the same view. It does not appear however to have disposed of a further ground of appeal raised before it, namely that *mandamus* was not available as a remedy in respect of the decision of the Provincial Court judge on the sufficiency of the information.

The same grounds were argued by the appellants' counsel before this Court, expressed as follows: (i) The information does not set out an offence known to the law of Canada. (ii) The information is a nullity because it lacks in the fundamental requirements of specificity of time, place, matter and other essential ingredients. (iii) *Mandamus* is not available as a remedy in respect of the decision of the Provincial Court judge on the sufficiency of the information.

However, counsel for the respondent were invited by the Court to restrict their argument to the first ground and these reasons will accordingly deal only with the first ground: if the appellants succeed on that ground, as I believe they must, there is no need to dispose of the others.

Section 423(2) of the *Criminal Code* reads:

(2) Every one who conspires with any one

(*a*) to effect an unlawful purpose, or

(*b*) to effect a lawful purpose by unlawful means,

[3] [1977] 4 W.W.R. 144.

Enterprises Ltd. et al. [3]:

[TRADUCTION] ... ce qui m'amène à dire qu'à mon avis, ne constitue pas un dessein illicite au sens de l'art. 423 du *Code criminel* du Canada le fait de conclure un accord en vue d'empêcher une personne de participer aux activités de son syndicat simplement parce que ce droit de libre participation est consacré par l'art. 110 du *Code canadien du travail*.

Après avoir étudié les deux motifs de l'ordonnance d'annulation, le juge Carruthers de la Cour suprême de l'Ontario a conclu que la dénonciation contient l'infraction créée à l'al. 423(2)*a*) du *Code criminel* et qu'elle satisfait aux exigences de l'art. 510 du *Code*.

La Cour d'appel a adopté la même position. Elle n'a toutefois apparemment pas statué sur un autre moyen d'appel soulevé devant elle, savoir qu'un *mandamus* n'est pas un recours opposable à la décision du juge de la Cour provinciale sur le caractère suffisant de la dénonciation.

Les avocats des appelants ont fait valoir devant cette Cour les mêmes moyens qu'ils ont formulés comme suit: (i) que la dénonciation ne fait pas état d'une infraction connue en droit canadien; (ii) que la dénonciation est nulle car il lui manque les éléments fondamentaux de spécificité quant au temps, au lieu et à l'objet de l'affaire et aux autres éléments essentiels; (iii) qu'un *mandamus* n'est pas un recours opposable à la décision du juge de la Cour provinciale sur le caractère suffisant de la dénonciation.

La Cour a cependant invité les avocats de l'intimée à limiter leur argumentation au premier moyen. Les présents motifs ne traiteront donc que celui-là: s'il est fait droit à l'appel sur ce moyen, comme il se doit, à mon avis, il ne sera pas nécessaire de statuer sur les autres.

Le paragraphe 423(2) du *Code criminel* se lit comme suit:

(2) Quiconque complote avec quelqu'un

a) d'accomplir un dessein illicite, ou

b) d'accomplir un dessein licite par des moyens illicites,

[3] [1977] 4 W.W.R. 144.

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

In the appellants' submission an agreement to prevent anyone from exercising his freedom under s. 110 of the *Canada Labour Code* to participate in the lawful activities of his union does not amount to a conspiracy to effect an unlawful purpose within the meaning of s. 423(2) of the *Criminal Code.*

Section 110(1) of the *Canada Labour Code* reads as follows:

(1) Every employee is free to join the trade union of his choice and to participate in its lawful activities.

The first submission advanced on behalf of the appellants is that:

The *Canada Labour Code* is a complete and exhaustive code provided by the Parliament of Canada for the conduct of those industrial relations which come under federal jurisdiction. It was not the intention of Parliament that its provisions should be enforced by resort to the *Criminal Code* or to any other statute since it provides its own mechanisms for enforcement.

In the appellants' submission, s. 110 is merely declaratory and contains no requirement and no prohibition. It does not create an offence. Various offences are created by ss. 184 and 185 relating to interference with the freedoms of employees and employers recognized by s. 110 but none in the nature of that alleged in the information. Section 186 enacts a general prohibition to the effect that "no person shall seek by intimidation or coercion to compel a person to become or refrain from becoming or to cease to be a member of a trade union". This deals with membership, not with participation in the lawful activities of a union.

The only section of the Act under which a prosecution could be contemplated for preventing members of a union from participating in the lawful activities of their union would be s. 191(1):

191. (1) Subject to section 190, every person other than an employer or a trade union who violates or fails to comply with any provision of this Part other than section 148, 184 or 185 is guilty of an offence and liable

est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans.

Les appelants font valoir qu'une entente en vue d'empêcher une personne de participer librement aux activités licites de son syndicat, comme le prévoit l'art. 110 du *Code canadien du travail*, ne constitue pas un complot en vue d'accomplir un dessein illicite au sens du par. 423(2) du *Code criminel.*

Le paragraphe 110(1) du *Code canadien du travail* se lit comme suit:

(1) Tout employé est libre d'adhérer au syndicat de son choix et de participer à ses activités licites.

Le premier argument présenté au nom des appelants est le suivant:

[TRADUCTION] Le *Code canadien du travail* est un code complet et exhaustif, adopté par le Parlement du Canada en vue de l'administration des relations industrielles qui relèvent de la compétence fédérale. Le Parlement n'entendait pas que l'on ait recours au *Code criminel* ou à une autre loi pour en faire respecter les dispositions puisqu'on y trouve des mécanismes d'application propres.

Selon les appelants, l'art. 110 n'a qu'un effet déclaratoire; il ne renferme aucune prescription ou interdiction. Il ne crée aucune infraction. Les articles 184 et 185 créent diverses infractions qui ont trait aux entraves à la liberté des employés et des employeurs consacrée par l'art. 110. Il n'existe pas d'infraction de la nature de celle alléguée dans la dénonciation. L'article 186 prévoit une interdiction générale selon laquelle «nul ne doit chercher, en usant de menaces ou de coercition, à contraindre une personne à devenir, à s'abstenir de devenir ou à cesser d'être membre d'un syndicat». Cet article traite de l'adhésion à un syndicat et non de la participation aux activités licites d'un syndicat.

Le paragraphe 191(1) de la Loi est la seule disposition en vertu de laquelle des poursuites pourraient être entamées pour avoir empêché les membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat:

191. (1) Sous réserve de l'article 190, toute personne, autre qu'un employeur ou un syndicat, qui contrevient à une disposition de la présente Partie autre que les articles 148, 184 et 185, ou ne s'y conforme pas, est

on summary conviction to a fine not exceeding one thousand dollars.

Counsel for the respondent conceded however, and rightly so in my opinion, that this section could not apply because the words "violates or fails to comply" imply a prohibition or a requirement and there are none in s. 110.

I see little merit in the appellants' first submission and I can but conclude as suggested by the respondent that "the fact that within a code of labour relations there is no specific sanction to enforce the rights of employees to participate in the lawful activities of their union does not sanctify otherwise criminal conduct".

The appellants further submit that their conduct as charged in the information does not constitute an offence under the *Criminal Code*. In their submission:

> If a statute does not expressly provide a penalty then, the only possible offence one can commit with respect to it, is the one set out in Section 115(1) of the *Criminal Code*.
>
> Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of the Parliament of Canada by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done, is, unless some penalty or punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years. 1953-54, c. 51, s. 107.

Section 115(1) has no application here since s. 110(1) of the *Canada Labour Code* contains no prohibition and no requirement.

The only specific offences in the *Criminal Code* related to interference with union membership are those by employers under s. 382.

As regards interference with the right of a person to do something or to abstain from doing something, s. 381 enacts:

> 381. (1) Every one who, wrongfully and without lawful authority, for the purpose of compelling another person to abstain from doing anything that he has a

coupable d'une infraction et passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, d'une amende de mille dollars au plus.

Les avocats de l'intimée ont toutefois admis, à bon droit, à mon avis, que ce paragraphe ne peut s'appliquer car les mots «contrevient . . . ou ne s'y conforme pas» comportent une interdiction ou une prescription et que l'art. 110 n'en contient aucune.

Je trouve peu fondé le premier argument des appelants et je ne peux que conclure, comme l'a proposé l'intimée, que [TRADUCTION] «l'absence, dans un code de relations de travail, de toute sanction spécifique pour faire respecter les droits des employés de participer aux activités licites de leur syndicat, ne justifie pas une conduite par ailleurs criminelle».

Les appelants font de plus valoir que la manière dont la dénonciation décrit leur conduite n'en fait pas une infraction prévue au *Code criminel*. Ils allèguent que:

> [TRADUCTION] Lorsqu'une loi ne prévoit pas expressément l'imposition d'une peine, la seule façon de contrevenir à cette loi est de commettre l'infraction prévue au par. 115(1) du *Code criminel* qui se lit comme suit:
>
> A moins qu'une peine ou un châtiment ne soit expressément prévu par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi du Parlement du Canada en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans. 1953-54, c. 51, art. 107.

Le paragraphe 115(1) ne s'applique pas en l'espèce puisque le par. 110(1) du *Code canadien du travail* n'énonce aucune interdiction ni prescription.

Les seules infractions du *Code criminel* se rapportant spécifiquement aux atteintes à la liberté d'adhésion à un syndicat sont celles commises par des employeurs en vertu de l'art. 382.

Quant à la violation du droit d'une personne de faire une chose ou de s'abstenir de faire une chose, l'art. 381 dispose que:

> 381. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité, quiconque, injustement et sans autorisation légitime, dans le dessein de

lawful right to do, or to do anything that he has a lawful right to abstain from doing,

(*a*) uses violence or threats of violence to that person or to his wife or children, or injures his property,

(*b*) intimidates or attempts to intimidate that person or a relative of that person by threats that, in Canada or elsewhere, violence or other injury will be done to or punishment inflicted upon him or a relative of his, or that the property of any of them will be damaged,

(*c*) persistently follows that person about from place to place,

(*d*) hides any tools, clothes or other property owned or used by that person, or deprives him of them or hinders him in the use of them,

(*e*) with one or more other persons follows that person, in a disorderly manner, on a highway,

(*f*) besets or watches the dwelling-house or place where that person resides, works, carries on business or happens to be, or

(*g*) blocks or obstructs a highway,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) A person who attends at or near or approaches a dwelling-house or place, for the purpose only of obtaining or communicating information, does not watch or beset within the meaning of this section. 1953-54, c. 51, s. 366.

The appellants have not been charged under s. 381. We were told by counsel that the respondent never relied on this section and that any similarity between allegations in the information and s. 381 is purely coincidental.

On the other hand, as recognized by counsel for the appellants, "it is evident that there may be interference with the rights of a person to do what he has the right to do other than by the means set out in s. 381. However, those other means of interference do not attract criminal law sanctions unless, of course, they constitute crimes in themselves".

In this case what the appellants have been charged with is conspiracy "to effect an unlawful purpose, to wit: to prevent members of the Seafarer's International Union of Canada from participating in the lawful activities of their Union, in

forcer une autre personne à s'abstenir de faire une chose qu'elle a légalement le droit de faire, ou à faire une chose qu'elle peut légalement s'abstenir de faire,

a) use de violence ou de menaces de violence envers cette personne, ou envers sa femme ou ses enfants, ou endommage ses biens;

b) intimide ou tente d'intimider cette personne ou un parent de cette personne par des menaces de violence ou d'un autre mal, ou de quelque peine, à elle ou à l'un de ses parents, ou de dommage aux biens de l'un quelconque d'entre eux, au Canada ou ailleurs;

c) suit avec persistance cette personne de place en place;

d) cache des outils, vêtements ou autres biens, possédés ou employés par cette personne, ou l'en prive ou fait obstacle à l'usage qu'elle en fait;

e) avec un ou plusieurs autres, suit désordonnément cette personne sur une grande route;

f) cerne ou surveille la maison d'habitation ou le lieu où cette personne réside, travaille, exerce son entreprise ou se trouve, ou

g) bloque ou obstrue une grande route.

(2) Ne surveille ni ne cerne, au sens du présent article, celui qui est présent à ou près une maison d'habitation ou un lieu, ou s'en approche, à seule fin d'obtenir ou de communiquer des renseignements. 1953-54, c. 51, art. 366.

Les appelants n'ont pas été inculpés en vertu de l'art. 381. Les avocats de l'intimée nous ont indiqué que cette dernière ne s'était pas fondée sur cet article et que toute ressemblance entre les allégations contenues dans la dénonciation et l'art. 381 est pure coïncidence.

Toutefois, comme le reconnaissent les avocats des appelants, [TRADUCTION] «il est évident que l'on peut violer les droits d'une personne de faire une chose qu'elle a le droit de faire par bien d'autres moyens que ceux prévus à l'art. 381. Cependant, ces autres moyens n'emportent pas de sanctions pénales sauf, bien entendu, s'ils constituent en eux-mêmes des crimes».

En l'espèce, les appelants ont été accusés de complot [TRADUCTION] «en vue d'accomplir un dessein illicite, savoir, empêcher les membres du Syndicat international des marins canadiens de participer aux activités licites de leur syndicat,

accordance with s. 110(1) of the *Canada Labour Code*".

It is therefore necessary to determine whether preventing members of a union from participating in the lawful activities of their union is an unlawful purpose within the meaning of s. 423(2) of the *Criminal Code*, or what is the meaning of unlawful purpose.

According to the appellants' counsel an unlawful purpose can only be one prohibited by statute either federal or provincial:

> In our respectful submission, the law does not create offences consisting of conspiracies to do acts not themselves prohibited by law under the guise of a conspiracy to effect an unlawful purpose. If the act which is the subject of the conspiracy is not prohibited by statute, it cannot form an unlawful act or purpose as the subject of a conspiracy.

They rely principally on *R. v. Celebrity Enterprises Ltd. et al.* (*supra*) where Judge Trainor acquitted the accused of a count of conspiracy "to effect an unlawful purpose, to wit, produce a public mischief . . . with intent thereby to corrupt public morals, contrary to the form of the Statute".

Analyzing the sections of the *Criminal Code* dealing with public mischief (s. 128), mischief (s. 387) and offences tending to corrupt morals (ss. 159 and following) as well as other sections, Judge Trainor determined that none applied to the case and that consequently the unlawful purpose charged did not relate to an offence under the *Criminal Code*.

It would relate however to an offence at common law. While no such generalized offence as conspiracy to effect a public mischief was known to the law (*R. v. Withers*[4]), a conspiracy to corrupt morals was indictable (*Shaw v. D.P.P.*[5]; *R. v. Knuller*[6]).

[4] [1975] A.C. 842.
[5] [1962] A.C. 220.
[6] [1973] A.C. 435.

conformément au par. 110(1) du *Code canadien du travail*».

Il est donc nécessaire de déterminer si le fait d'empêcher les membres d'un syndicat de participer à ses activités licites constitue un dessein illicite au sens du par. 423(2) du *Code criminel*. Il s'agit, en d'autres termes, de définir l'expression «dessein illicite».

Selon les avocats des appelants, un dessein illicite ne peut être qu'un dessein interdit par une loi fédérale ou provinciale:

> [TRADUCTION] A notre humble avis, la loi ne transforme pas en un complot en vue d'accomplir un dessein illicite des infractions qui consistent en des complots en vue de faire des actes qui ne sont pas en eux-mêmes interdits par la loi. Si l'acte qui fait l'objet du complot n'est pas interdit par la loi, alors il ne peut constituer un acte ou un dessein illicite en tant qu'objet du complot.

Les appelants s'appuient principalement sur l'affaire *R. v. Celebrity Enterprises Ltd. et al.* (précitée) où le Juge Trainor a acquitté l'accusé d'une accusation de complot [TRADUCTION] «en vue d'accomplir un dessein illicite, savoir, commettre un méfait public ... avec l'intention par là de corrompre les mœurs publiques, contrairement au *Code*».

Après avoir analysé les articles du *Code criminel* qui traitent des méfaits publics (art. 128), des méfaits (art. 387) et des infractions tendant à corrompre les mœurs (art. 159 et suivants) ainsi que d'autres articles, le juge Trainor a conclu qu'aucun d'eux ne s'appliquait à l'espèce et que, par conséquent, le dessein illicite qui faisait l'objet de l'accusation ne se rapportait à aucune infraction prévue au *Code criminel*.

Le dessein illicite pourrait toutefois se rattacher à une infraction de *common law*. Bien qu'une infraction d'un type aussi général que le complot en vue de commettre un méfait public ne soit pas connue en droit (*R. v. Withers*[4]), un complot en vue de corrompre les mœurs est un acte criminel (*Shaw v. D.P.P.*[5]; *R. v. Knuller*[6]).

[4] [1975] A.C. 842.
[5] [1962] A.C. 220.
[6] [1973] A.C. 435.

Judge Trainor was of the opinion that unlawful purpose does not extend to common law offences and he stated at p. 176:

I cannot accept the Crown's invitation to follow *Shaw* and *Knuller* and either extend the meaning of unlawful purpose to include a purpose not authorized by law or to hold that a common law offence can be an unlawful purpose. In my view our law has developed clearly and surely to the point that the unlawful purpose in Section 423(2) must be one contrary to law. Although the point is not before me I would think this reasoning applies equally to "unlawful means" in Section 423(2)(*b*).

By contrary to law I mean prohibited by Federal or Provincial legislation. Thus would be included all summary conviction offences under the Criminal Code and other Federal legislation and offences created by Provincial legislation.

That decision was upheld by the British Columbia Court of Appeal[7] where speaking for the Court Robertson J.A. states at p. 480:

If something that someone does is not something of which he can be convicted, that something cannot, in my opinion, be "unlawful" in the sense in which the word is used in s. 423(2)(*a*).

Leave to appeal to this Court was refused[8].

All the Canadian cases in which conduct was held capable of being the subject of a criminal conspiracy to effect an unlawful purpose were based on conduct prohibited by legislation. See *Wright, McDermott & Feeley v. The Queen*[9], *Re Thodas*[10], *R. v. Chapman and Grange*[11], *R. v. Jean Talon Fashion Centre Inc.*[12] Counsel for the respondent recognized that there are no Canadian cases where a charge of conspiracy was upheld based on conduct not prohibited by legislation.

[7] (1979), 42 C.C.C. (2d) 478.
[8] [1978] 1 S.C.R. xi.
[9] [1964] S.C.R. 192.
[10] (1970), 10 C.R.N.S. 290.
[11] [1973] 2 O.R. 290.
[12] (1975), 22 C.C.C. (2d) 223.

Le juge Trainor est d'avis que le dessein illicite ne s'étend pas aux infractions de *common law*. Il déclare à cet effet à la p. 176:

[TRADUCTION] Je ne peux accepter la proposition du ministère public de suivre les arrêts *Shaw* et *Knuller* et soit d'étendre le sens de l'expression «dessein illicite» afin d'y inclure un dessein non autorisé par la loi soit de conclure qu'une infraction de *common law* peut constituer un dessein illicite. J'estime que nos principes de droit ont évolué au point d'établir avec clarté et certitude que le dessein illicite prévu au par. 423(2) doit être un dessein contraire à la loi. Même si je ne suis pas saisi de la question, j'estime que ce raisonnement s'applique également aux «moyens illicites» de l'al. 423(2)*b*).

Par l'expression «contraire à la loi», j'entends une interdiction prévue par les lois fédérales ou provinciales. Seraient donc comprises dans cette expression toutes les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité conformément au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale et les infractions créées par les lois provinciales.

Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[7]. Le juge Robertson qui a rendu le jugement au nom de la Cour d'appel s'est exprimé comme suit à la p. 480:

[TRADUCTION] Si une personne fait quelque chose dont elle ne peut être déclarée coupable, alors cette chose, à mon avis, n'est pas «illicite» au sens de ce mot à l'al. 423(2)*a*).

L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été refusée[8].

Toutes les décisions de tribunaux canadiens qui ont conclu que la conduite d'une personne peut constituer un complot de nature criminelle en vue d'accomplir un dessein illicite font état d'une conduite interdite par la loi. Voir *Wright, McDermott et Feeley c. La Reine*[9], *Re Thodas*[10], *R. v. Chapman and Grange*[11], *R. v. Jean Talon Fashion Centre Inc.*[12] Les avocats de l'intimée ont admis que les tribunaux canadiens n'ont jamais retenu une accusation de complot fondée sur une conduite non interdite par la loi.

[7] (1979), 42 C.C.C. (2d) 478.
[8] [1978] 1 R.C.S. xi.
[9] [1964] R.C.S. 192
[10] (1970), 10 C.R.N.S. 290.
[11] [1973] 2 O.R. 290.
[12] (1975), 22 C.C.C. (2d) 223.

The respondent relies however on the following passage by Fauteux J., as he then was, in *Wright, McDermott & Feeley (supra)* at pp. 193 and 194:

> While marginal notes in the body of an Act form no part of the Act, the marginal note appended to s. 408(2) accurately designates as "Common Law conspiracy" the offence described in this section which, as defined by Lord Denman in *Rex v. Jones*, (1832), 4 B. & A. 345, 110 E.R. 485 consists in a combination "either to do an unlawful act, or a lawful act by unlawful means". Common Law conspiracy is one of the few Common Law offences which, upon the 1954 revision of the *Criminal Code*, Parliament thought advisable to perpetuate by codification. Martin's Criminal Code 1955 ed., p. 35. Hence the law pertaining to this offence, its elements and the wide embracing import of the term "unlawful purpose", remains unchanged.

But all that was decided in that case was that unlawful purpose extends to a breach of a Provincial statute, in that case *The Ontario Provincial Police Act*. After the above passage, Fauteux J. continues:

> ... While the term, as shown in Harrison The Law of Conspiracy, encompasses more than criminal offences, sufficient it is to say, for the purpose of this case, that the purpose alleged in the charge, to wit, the obtention from a constable of information which it is his duty not to divulge, is an unlawful purpose. In the language of Lord Mansfield, in *Rex v. Bembridge* (1783), 3 Doug. K.B. 327 at 332, 99 E.R. 679:
>
> > A man accepting an office of trust concerning the public, especially if attended by profit, is answerable criminally to the King for misbehaviour in his office.
>
> The fact that the purpose or the breach of trust contemplated by the conspirators, whether as their ultimate aim or only as a means to it, be, if carried into effect, punishable either under s. 103 of the *Criminal Code* (vide *Rex v. McMorran* (1948), 5 C.R. 338 at 345 et seq., O.R. 384, 91 C.C.C. 19, 3 D.L.R. 237) or under s. 60 of the *Ontario Provincial Police Act*, adequately manifests the unlawfulness of the purpose within the meaning of the law attending Common Law conspiracies.

When the *Criminal Code* was revised in 1954, s. 8 was introduced:

L'intimée se fonde toutefois sur l'extrait suivant des motifs du juge Fauteux (alors juge puîné) dans l'arrêt *Wright, McDermott et Feeley* (précité) aux pp. 193 et 194:

> [TRADUCTION] Même si les notes marginales qui accompagnent un texte législatif n'en font pas partie, on peut dire que la note en marge du par. 408(2) désigne avec exactitude comme «un complot de *common law*» l'infraction décrite dans ce paragraphe qui, selon la définition qu'en donne lord Denman dans *Rex v. Jones* (1832), 4 B. & A. 345, 110 E.R. 485 consiste à «accomplir soit un acte illicite soit un acte licite par des moyens illicites». Le complot de *common law* est l'une des rares infractions de *common law* que le Parlement, après la refonte du *Code criminel*, de 1954, a jugé opportun de perpétuer en le codifiant. Martin's Criminal Code, éd. 1955, p. 35. Ainsi, les principes de droit régissant cette infraction, ses éléments et la signification très large de l'expression «dessein illicite» demeurent inchangés.

Mais tout ce que la Cour a décidé dans ce dernier arrêt, c'est qu'un dessein illicite comprend la violation d'une loi provinciale, savoir, dans ce cas-là, *The Ontario Provincial Police Act*. Le juge Fauteux ajoute à la suite de l'extrait précité:

> [TRADUCTION] ... Même si l'expression renferme bien d'autres choses que des infractions criminelles, comme le montre Harrison dans The Law of Conspiracy, il suffit de dire, aux fins de cette affaire, que le dessein allégué dans l'accusation, savoir l'obtention auprès d'un policier de renseignements qu'il est tenu de ne pas divulguer, constitue un dessein illicite. Selon lord Mansfield dans *Rex v. Bembridge* (1783), 3 Doug. K.B. 327, à la p. 332, 99 E.R. 679:
>
> > Un homme qui accepte un poste de confiance auprès du public, et plus particulièrement s'il en tire des profits, est responsable au criminel devant le Roi de sa mauvaise conduite dans l'exercice de ses fonctions.
>
> Le fait que le dessein ou l'abus de confiance recherché par les conspirateurs comme but ultime ou comme moyen pour y parvenir, soit, advenant sa réalisation, punissable en vertu de l'art. 103 du *Code criminel* (voir *Rex v. McMorran* (1948), 5 C.R. 338, aux pp. 345 et suiv., O.R. 384, 91 C.C.C. 19, 3 D.L.R. 237) ou de l'art. 60 de *The Ontario Provincial Police Act*, illustre de façon adéquate le caractère illicite du dessein au sens des principes de droit applicables au complot de *common law*.

L'introduction de l'art. 8 dans le *Code criminel* remonte à la refonte de 1954. Il se lit comme suit:

8. Notwithstanding anything in this Act or any other Act no person shall be convicted

(*a*) of an offence at common law,

(*b*) of an offence under an Act of the Parliament of England, or of Great Britain, or of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, or

(*c*) of an offence under an Act or ordinance in force in any province, territory or place before that province, territory or place became a province of Canada,

but nothing in this section affects the power, jurisdiction or authority that a court, judge, justice or magistrate had, immediately before the 1st day of April 1955, to impose punishment for contempt of court.

It follows that common law conspiracy would have ceased to be part of Canadian criminal law had it not been retained as a statutory offence. But to make it a statutory offence does not necessarily mean that it was embodied with all its implications and uncertainties recognized by the decisions of the English Courts when no decisions in Canada had ever gone as far as those of the English Courts. And Fauteux J. in the above cited passage clearly does not say that.

The *Withers* case (*supra*) is authority to the effect "that it is not open to the courts nowadays either to create new offences or so to widen existing offences as to make punishable conduct of a type hitherto not subject to punishment". The more so in Canada and Cartwright J., as he then was, speaking for himself and five other members of this Court, stated in *Frey v. Fedoruk et al.*[13], at p. 530:

To so hold would, it seems to me, be to assert the existence of what is referred to in Stephen's History of the Criminal Law of England, Volume 2, Page 190, as:

the power which has in some instances been claimed for the Judges of declaring anything to be an offence which is injurious to the public, although it may not have been previously regarded as such.

The writer continues:

this power, if it exists at all, exists at Common Law.

[13] [1950] S.C.R. 517.

8. Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelque autre loi, nul ne peut être déclaré coupable

a) d'une infraction en *common law*,

b) d'une infraction tombant sous le coup d'une loi du Parlement d'Angleterre ou de Grande-Bretagne, ou du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, ou

c) d'une infraction visée par une loi ou ordonnance en vigueur dans une province, un territoire ou un endroit, avant que cette province, ce territoire ou cet endroit devînt une province du Canada,

mais rien au présent article n'atteint le pouvoir, la juridiction ou l'autorité qu'une cour, un juge, juge de paix ou magistrat possédait, immédiatement avant le 1er avril 1955, d'imposer une peine pour outrage au tribunal.

On constate donc que le complot de *common law* aurait cessé de faire partie du droit criminel canadien si l'on n'en avait pas fait une infraction prévue dans la loi. Mais cela ne signifie pas nécessairement qu'on l'a intégré avec toutes les conséquences et incertitudes reconnues par les décisions des tribunaux anglais alors même qu'aucune décision au Canada n'a jamais été aussi loin que celles des tribunaux anglais. Il est clair que ce n'est pas ce que le juge Fauteux dit dans le passage précité.

L'arrêt *Withers* (précité) consacre la thèse selon laquelle [TRADUCTION] «de nos jours, il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ou d'élargir la portée des infractions existantes afin de rendre punissable une conduite d'un type qui, jusqu'ici, ne l'est pas». C'est davantage le cas au Canada. Le juge Cartwright, alors juge puîné, parlant en son nom et au nom de cinq autres membres de cette Cour, s'exprime ainsi dans l'arrêt *Frey c. Fedoruk et autres*[13], à la p. 530:

[TRADUCTION] Pareille conclusion confirmerait à mon avis l'existence de ce qu'on a appelé dans Stephen's History of the Criminal Law of England, volume 2, p. 190:

«le pouvoir dont on a en certaines circonstances investi les juges de faire une infraction de tout acte préjudiciable au public et ce, même si l'acte n'a jamais été auparavant considéré comme tel».

L'auteur continue:

ce pouvoir, pour autant qu'il existe, existe en common law.

[13] [1950] R.C.S. 517.

In my opinion, this power has not been held and should not be held to exist in Canada. I think it safer to hold that no one shall be convicted of a crime unless the offence with which he is charged is recognized as such in the provisions of the *Criminal Code*, or can be established by the authority of some reported case as an offence known to the law. I think that if any course of conduct is now to be declared criminal, which has not up to the present time been so regarded, such declaration should be made by Parliament and not by the Courts.

It is difficult for me to see how the mere enactment of conspiracy as a statutory offence would have the effect of extending its scope beyond what it had been held to extend to at common law by the Canadian courts prior to its becoming a statutory offence while at the same time Parliament enacted s. 8 to exclude common law offences from the ambit of the criminal law of Canada. I am therefore of the opinion that in 423(2)(*a*) unlawful purpose means contrary to law, that is prohibited by federal or provincial legislation.

But even assuming that the meaning of unlawful purpose could be extended as far as it was at English common law prior to the 1977 amendments I do not believe that it would comprise a purpose to prevent members of a union from participating in the lawful activities of their union. (The law concerning conspiracy has been modified in England by the *Criminal Law Act 1977*, 1977, c. 45, and in brief it now relates to the commission of an *offence*, meaning an offence triable in England and Wales.)

In the 19th edition (1966) of Kenny's *Outlines of Criminal Law* to which reference is made in the *Withers* case (*supra*), unlawful purpose as it then stood is described as follows at pp. 428 to 430:

451. The term "unlawful" is here used in a sense which, unhappily, has never yet been defined with precision. The purposes which it comprises appear to be of the following species.

(i) Agreements to commit a substantive crime; e.g. a conspiracy to steal, or even merely to incite someone else to steal. This extends to all cases where it would be criminal for any of the conspirators to commit the act agreed upon, even though there be in the gang other persons in whom it would be no offence to commit it;

Selon moi, ce pouvoir n'a jamais été reconnu au Canada et ne devrait jamais l'être. J'estime plus prudent de décider que nul ne doit être déclaré coupable d'un crime à moins que l'infraction dont il est accusé ne soit reconnue comme telle par les dispositions du *Code criminel* ou ne soit considérée comme une infraction reconnue en droit de par l'autorité de décisions publiées. J'estime que la tâche de déclarer criminelle une conduite qui, jusqu'à ce jour, ne l'était pas, revient au Parlement et non aux tribunaux.

Je vois mal comment le simple fait de consacrer le complot par un texte de loi peut avoir comme résultat d'élargir sa portée au-delà des limites que les tribunaux canadiens lui ont imposées en *common law* avant sa consécration législative alors que le Parlement a adopté l'art. 8 qui vise à exclure les infractions de *common law* du champ d'application du droit criminel canadien. Je suis donc d'avis que l'expression «dessein illicite» de l'al. 423(2)*a*) signifie dessein contraire à la loi, interdit par une loi fédérale ou provinciale.

Même si l'on tient pour acquis que la signification de l'expression «dessein illicite» pourrait être élargie autant qu'elle l'était en *common law* d'Angleterre avant les modifications de 1977, je ne crois pas qu'elle engloberait un dessein en vue d'empêcher les membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat. (Le droit en matière de complot a été modifié par la *Criminal Law Act 1977*, 1977, chap. 45. En résumé, il vise la perpétration d'une *infraction*, c'est-à-dire une infraction qui peut faire l'objet de poursuites en Angleterre et au pays de Galles.)

L'expression «dessein illicite» telle qu'on l'entendait à l'époque est définie aux pp. 428 à 430 de la 19e édition (1966) d'*Outlines of Criminal Law* de Kenny, auquel renvoie l'arrêt *Withers* (précité):

[TRADUCTION] 451. Le terme «illicite» revêt ici une signification qui, malheureusement, n'a jamais jusqu'ici fait l'objet d'une définition précise. Les desseins auxquels s'applique ce terme font partie des catégories suivantes:

(i) Ententes en vue de commettre un crime matériel précis; p. ex. un complot en vue de voler ou simplement en vue d'inciter quelqu'un à voler. Cette catégorie englobe, d'une part, tous les cas où un conspirateur se rendrait coupable d'un crime en commettant l'acte qui fait l'objet de l'entente, même si pour d'autres personnes

and to all "crimes", even non-indictable ones, e.g. non-payment of poor rates. A conspiracy to obstruct the *course of justice* can exist without there being any obstruction of the *police* (e.g. to fabricate evidence, or to keep witnesses away from the court). It therefore differs from a conspiracy to *obstruct the police* in the execution of their duty, for this may not be concerned in any way with the course of public justice, but have as its object, for example, to prevent the police from maintaining public order or keeping the highway clear.

(ii) Agreements to commit any tort that is malicious or fraudulent. Some say that agreements to commit any tort, of whatever kind, are indictable as conspiracies. But the weight of authority seems to be in favour of limiting the rule to torts of fraud or malice, thus excluding, for instance, a trespass committed *bona fide* by persons eager to assert their supposed right of way.

(iii) Agreements to commit a breach of contract under circumstances that are peculiarly injurious to the public.

(iv) Agreements to do certain other acts, which (unlike all those hitherto mentioned) are not breaches of law at all, but which nevertheless are outrageously immoral or else are, in some way, extremely injurious to the public. We may quote, as instances, agreements to facilitate the seduction of a woman; or to run slackly in a race so as to enable a confederate to win his bets; or to hiss a play unfairly; or to defraud a shipowner by secretly putting stowaways on board. Similar criminality would arise in agreements to raise by false reports the price of the Funds or of any other vendible commodity; or so to carry on trade as to diminish the revenue; or to persuade a prosecutor not to appear at the trial; or to give false information to the police; or to indemnify a prisoner's bail. On the other hand, it is doubtful whether an agreement to make loud noises for the purpose of disturbing an invalid neighbour would be indictable as a conspiracy. And a thrifty combination of poor-law authorities to marry a female pauper to a pauper of another parish, in order to relieve the ratepayers of the woman's parish, is not a conspiracy. Yet some combinations for procurement of marriage will amount to conspiracy; e.g. taking a young woman of property from the custody of her relations in order to marry her to one of the conspirators. And although some combinations "in restraint of trade" may be so far illegal as to be unen-

de la bande, le fait de commettre l'acte n'équivaudrait pas à la perpétration d'une infraction, et, d'autre part, tous les autres «crimes», même ceux qui ne sont pas punissables, p. ex. le non-paiement de la taxe des pauvres. Il peut y avoir complot en vue d'entraver le *cours de la justice* sans qu'il y ait entrave à l'action de la *police* (p. ex., fabriquer une preuve ou empêcher des personnes de témoigner). Ce type de complot se distingue donc du complot en vue d'*entraver l'action de la police* dans l'exécution de ses fonctions, car ce complot, peut sans entraver le cours de la justice au préjudice de la collectivité, avoir pour objet, par exemple, d'empêcher la police de maintenir l'ordre ou de dégager les routes.

(ii) Ententes en vue de commettre un acte préjudiciable dans l'intention de nuire ou de tromper. Certains affirment que les ententes en vue de commettre un acte préjudiciable, quel qu'il soit, sont punissables à titre de complot. Mais la jurisprudence penche en faveur de la limitation de la règle aux actes préjudiciables commis dans l'intention de nuire ou de tromper, excluant ainsi, p. ex., les intrusions faites de bonne foi par des personnes impatientes de faire valoir leur prétendu droit de passage.

(iii) Ententes en vue de violer un contrat dans des circonstances qui sont particulièrement préjudiciables au public.

(iv) Ententes en vue de commettre d'autres actes qui (contrairement à tous ceux précités) tout en n'étant pas des manquements à la loi, sont outrageusement immoraux ou sont par ailleurs extrêmement préjudiciables au public. On peut citer, à titre d'exemple, les ententes en vue de faciliter la séduction d'une femme; de ralentir un cheval dans une course afin de permettre à son complice de gagner ses paris; de siffler déloyalement une pièce de théâtre ou d'escroquer un armateur en faisant embarquer en secret des passagers clandestins. Il en est de même des ententes en vue de faire hausser le prix des rentes ou de toute autre denrée vendable au moyen de faux rapports; d'exercer un commerce de manière à faire diminuer les recettes; ou de persuader un plaignant de ne pas comparaître au procès; ou de donner de faux renseignements à la police; ou de dédommager la caution d'un prisonnier. Par ailleurs, il est peu probable qu'une entente en vue de faire du tapage dans l'intention de déranger un voisin malade soit punissable à titre de complot. Une entente conclue à des fins d'économies entre les autorités chargées de l'assistance publique en vue de marier une indigente à un indigent d'une autre paroisse afin de soulager les contribuables de la paroisse de la future épouse, n'est pas un complot. Pourtant, il n'en est pas ainsi de certaines ententes en vue de conclure des mariages: par exemple, constitue un complot

forceable, it is now settled that they do not necessarily constitute a criminal offence. As to the question whether a conspiracy formed in England to effect some unlawful purpose abroad would be indictable here, the House of Lords has laid it down that a conspiracy to commit a crime abroad is not indictable in this country unless the contemplated crime is one for which an indictment would lie here, and that a conspiracy to attain a lawful object by unlawful means, rather than to commit a crime, is not triable here when the unlawful means and the ultimate object are both outside the jurisdiction.

une entente en vue d'arracher une jeune femme qui possède des biens aux membres de sa famille afin de lui faire épouser un des complices. Et même si certaines ententes en vue de «restreindre le commerce» sont illicites au point d'être non exécutoires, il est maintenant établi qu'elles ne constituent pas nécessairement une infraction criminelle. Sur la question de savoir si un complot formé en Angleterre en vue d'accomplir un dessein illicite à l'étranger est punissable ici, la Chambre des lords a établi le principe qu'un complot en vue de commettre un crime à l'étranger ne peut faire l'objet de poursuites ici sauf si le crime projeté est poursuivable par acte d'accusation ici et qu'un complot en vue d'atteindre un but licite par des moyens illicites, plutôt qu'en vue de commettre un crime, ne peut être mis en jugement ici lorsque les moyens illicites et le but ultime se trouvent tous hors du ressort.

(I have omitted the footnotes and the references thereto.)

(J'ai omis les notes et les références.)

Reviewing this extensive list I do not see one head under which would come the conduct described in the information.

En examinant cette liste exhaustive, je ne trouve aucune rubrique sous laquelle classer la conduite décrite dans la dénonciation.

This is understandable because as it appears to me, to prevent members of a union from participating in the lawful activities of their union is not necessarily unlawful nor "outrageously immoral", nor "extremely injurious to the public". It is possible to conceive of many situations where to do that would not be so. This seems to be recognized by the Court of Appeal when speaking for the Court, Brooke J.A. says:

Cela s'explique car, à mon avis, empêcher les membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat n'est pas nécessairement illicite, ni «outrageusement immoral» ou «extrêmement préjudiciable au public». On peut concevoir de nombreux cas à l'appui de cette affirmation. C'est ce que la Cour d'appel a apparemment reconnu par la voix du juge Brooke, qui a dit:

... The *Canada Labour Code* is silent as to acts by others outside of the employer-employee relationship which may interfere with the exercise by the employee of the right of freedom to participate in lawful activities of the union. This is no doubt in recognition of the right or freedom of others to perhaps peacefully persuade such employee as to his participation in the lawful activities of the trade union.

[TRADUCTION] ... Le *Code canadien du travail* est muet quant aux actes accomplis par des tiers à la relation employeur-employé, actes qui peuvent empiéter sur l'exercice par l'employé de son droit ou de sa liberté de participer aux activités licites du syndicat. Cette attitude traduit sans aucun doute la reconnaissance du droit ou de la liberté des tiers de tenter de persuader paisiblement cet employé quant à sa participation aux activités licites du syndicat.

But then Brooke J.A. goes on to say:

Mais le juge Brooke poursuit en ces termes:

... But that is quite a different matter than acts or an agreement which has the purpose of preventing or depriving an employee from exercising his right or freedom to participate in the lawful activities of his union.

[TRADUCTION] ... Mais cela est très loin des actes ou des ententes dont le dessein est d'empêcher un employé d'exercer son droit ou sa liberté de participer aux activités licites de son syndicat ou de l'en priver.

The distinction that is drawn here appears to me to relate to the means rather than to the purpose. The purpose in either case is the same namely that

La distinction que l'on fait me paraît se rapporter aux moyens plutôt qu'au dessein. Le dessein dans les deux cas est le même, savoir, empêcher un

there be no participation by an employee in the lawful activities of his union. Only the means differ: persuasion in the first case, intimidation or other unlawful means in the other.

But we are not here concerned with the means. This information is not laid under s. 423(2)(*b*), nor under s. 381, nor under any other section charging a specific crime. It is laid under s. 423(2)(*a*) and, in my opinion, as laid it does not set out an offence known to the law of Canada.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and that of the Supreme Court of Ontario, and restore the order of the Provincial Court quashing the information.

Appeal allowed, MARTLAND *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Golden, Levinson, Toronto, and Ahern, Nuss & Drymer, Montreal.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

employé de participer aux activités licites de son syndicat. Seuls les moyens diffèrent: dans le premier cas, on parle de persuasion; dans le deuxième, d'intimidation ou autres moyens illicites.

Mais en l'espèce, ce ne sont pas les moyens qui sont en cause. La présente dénonciation n'a été faite ni en vertu de l'al. 423(2)*b*) ni de l'art. 381 ni d'un autre article prévoyant un crime matériel précis. Elle est faite en vertu de l'al. 423(2)*a*) et, à mon avis, telle qu'elle est formulée, elle ne fait pas état d'une infraction connue du droit canadien.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour suprême de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance de la Cour provinciale annulant la dénonciation.

Pourvoi accueilli, les juges MARTLAND *et* MCINTYRE, *étant dissidents.*

Procureurs des appelants: Golden, Levinson, Toronto, et Ahern, Nuss & Drymer, Montréal.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Wayne Kenneth Rabey *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: February 6; 1980: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defence — Non-insane automatism — Insanity — Disease of the mind — Question of law — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 542, 545.

At the time of the alleged offence, the appellant, twenty years of age, was a student at the University of Toronto and shared a number of classes with the complainant for whom he began to develop strong feelings that were not reciprocated. While flipping through the complainant's books, the appellant found a letter she had written to a female friend in which she described him as one in a "bunch of nothings". The appellant was hurt and angry as he read the letter. The following morning, he removed a rock sample of galena from the geology lab. At noon, he met the complainant by chance and, as they were talking to each other, the appellant suddenly grabbed her around the arms and struck her on the head. She lost consciousness momentarily. When she recovered consciousness, he was choking her ... The appellant advanced the defence of non-insane automatism. He was acquitted at trial, the trial judge finding that the appellant was not insane within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code* and that he had acted in a state of automatism brought about by an external cause. On appeal to the Ontario Court of Appeal, the acquittal was reversed and a new trial ordered, the Court holding that the psychological blow suffered was not an externally originating cause of the dissociative state.

Held (Dickson, Estey and McIntyre JJ., dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Pigeon and Beetz JJ.: The meaning of the word "automatism", in any event so far as it is employed in the defence of non-insane automatism, is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who though capable of action is not conscious of what he is doing. What is said here is that, although the defence of non-insane automatism is available to the appellant, he was not suffering from a disease of the mind and was therefore not insane

Wayne Kenneth Rabey *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 6 février; 1980: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

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

Droit criminel — Défense — Automatisme sans aliénation mentale — Aliénation mentale — Maladie mentale — Question de droit — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 542, 545.

A l'époque de l'infraction imputée, l'appelant, âgé de vingt ans, était étudiant à l'Université de Toronto; il suivait un certain nombre de cours avec la plaignante, pour qui il commençait à nourrir des sentiments assez vifs qui n'étaient toutefois pas partagés. Alors qu'il feuilletait les livres de la plaignante, il est tombé sur une lettre qu'elle avait adressée à une amie le décrivant avec d'autres comme une «bande de nullards». A la lecture de la lettre, l'appelant s'est senti blessé et furieux. Le lendemain matin, il a pris un échantillon de galène au laboratoire de géologie. Vers midi, il a rencontré la plaignante par hasard et pendant qu'ils se parlaient, l'appelant l'a saisie par les bras et l'a frappée à la tête. Elle s'est momentanément évanouie. Lorsqu'elle a repris connaissance, il était en train de l'étrangler ... L'appelant avance l'automatisme sans aliénation mentale comme moyen de défense. L'appelant a été acquitté au procès, le juge du procès ayant conclu que l'appelant n'était pas un aliéné au sens de l'art. 16 du *Code criminel* et qu'il avait agi dans un état d'automatisme provoqué par une cause externe. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le choc psychologique ne constituait pas une cause d'origine externe de l'état de dissociation; elle a infirmé l'acquittement et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Dickson, Estey et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon et Beetz: Le sens du mot «automatisme», quand il se rapporte au moyen de défense d'automatisme sans aliénation mentale, désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. On prétend en l'espèce que, même si l'appelant peut invoquer la défense d'automatisme sans aliénation mentale, il ne souffrait pas d'une

and could not be committed to an institution. The central question in deciding any case involving the defence of automatism is whether or not the accused was suffering from a disease of the mind. The opinions of psychiatrists go no further than characterizing the condition in which the appellant was found as being "a dissociative state" but it is clear that the question of whether or not such a state amounts to "a disease of the mind" is a question of law for the judge to determine. In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, as opposed to a malfunctioning of the mind, which is the transient effect produced by some specific external factor and which does not fall within the concept of disease of the mind. The ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a "disease of the mind".

Here, it seems that the accused's infatuation with the complainant had created an abnormal condition in his mind under the influence of which he acted unnaturally and violently to an imagined slight to which a normal person would not have reacted in the same manner. The confinement to an institution does not involve gross unfairness to the appellant for, under ss. 545 and 547 of the *Criminal Code*, the Lieutenant-Governor may order the discharge of the person found not guilty.

Per Dickson, Estey and McIntyre JJ., *dissenting*: The issue in this appeal is whether automatism resulting from a "psychological blow" is available to an accused in answer to a charge of causing bodily harm with intent to wound. The theory of the defence was that the appellant's behavior was caused by a psychological blow, an intense emotional shock which induced a "dissociative state", during which for a time, the appellant was neither conscious of nor able to control his conduct, so that it was involuntary. This is sometimes spoken of as non-insane automatism, to distinguish it from the cases in which the state of automatism is attributable to disease of the mind. The defences of automatism and insanity are separate and distinct. In the case of insanity, the defect of the understanding must originate in the disease of the mind, whereas in the defence of automatism the criminal law is not concerned with any question of the disease of the mind. Here, medical examinations disclosed no evidence of neurological disease and no indication of psychotic process, and the Crown did not challenge the finding of automatism. The only question for decision is whether, having found automatism, the

maladie mentale et que, par conséquent, il n'était pas aliéné et ne pouvait être interné dans une institution. La question principale qui se pose dans les affaires qui mettent en jeu une défense fondée sur l'automatisme est de savoir si l'accusé souffre d'une maladie mentale. Les opinions des psychiatres se limitent à décrire l'état de l'appelant comme un «état de dissociation», mais il est clair que la question de savoir si un tel état équivaut à «une maladie mentale» est une question de droit qui ressortit au juge. De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne propre à l'accusé et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe et qui ne relève pas du concept de la maladie mentale. Le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale».

Ici, il semble que l'emballement de l'accusé pour la plaignante a donné naissance chez lui à un état mental anormal sous l'influence duquel il a réagi de façon anormale et violente à ce qu'il croyait être un affront auquel une personne normale n'aurait pas réagi de la même manière. La détention dans une institution n'entraînerait pas une injustice flagrante parce qu'en vertu des art. 545 et 547 du *Code criminel*, le lieutenant-gouverneur a le pouvoir de libérer une personne déclarée non coupable.

Les juges Dickson, Estey et McIntyre, *dissidents*: La question dans ce pourvoi est de savoir si un accusé peut se prévaloir du moyen de défense d'automatisme résultant d'un «choc psychologique» pour répondre à une accusation d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de blesser. Selon la défense, le comportement de l'appelant résulte d'un choc psychologique, d'un traumatisme émotionnel intense qui a entraîné un «état de dissociation» au cours duquel, pendant un moment, il n'a été ni conscient de sa conduite ni capable de la maîtriser, ce qui fait qu'elle échappait à sa volonté. On qualifie parfois cet état d'automatisme sans aliénation mentale, ce qui le distingue du cas où l'automatisme est imputable à une maladie mentale. La défense fondée sur l'automatisme et celle fondée sur l'aliénation mentale sont deux moyens de défense séparés et distincts: dans le cas de l'aliénation mentale, le défaut de comprendre doit provenir d'une maladie mentale alors que dans le cas de la défense d'automatisme, le droit pénal ne se préoccupe aucunement de la question de la maladie mentale. Ici, les examens médicaux ne font état d'aucune maladie d'origine neurologique et ne laissent voir aucun signe de

trial judge was bound in law to find that the appellant was a proper subject for indefinite detention as an insane person or, in other words, whether the accused, having acted in a state of unconsciousness while in a transitory mental state, was suffering from a disease of the mind and had to be committed to an institution.

The first principle fundamental to our criminal law which governs this appeal is that no act can be a criminal offence unless it is done voluntarily. The prosecution must prove the state of mind of the accused. The circumstances are normally such as to permit a presumption of volition and mental capacity. That is not so when the accused, as here, has placed before the court evidence sufficient to raise an issue that he was unconscious of his actions at the time of the alleged offence. No burden of proof is imposed upon an accused raising such defence beyond pointing to facts which indicate the existence of such a condition.

The second principle is that no person found not guilty by reason of insanity should be committed to a hospital for the criminally insane unless he suffers from disease of the mind in need of treatment or likely to recur. Here, on medical evidence accepted by the trial judge, the prospect of a recurrence of dissociation is extremely remote. There was no finding that the appellant suffered from psychosis, neurosis or personality disorder. He does not have an organic disease of the brain. This was an isolated event. The appellant has already spent several weeks in a mental institution undergoing psychiatric, neurological and psychological assessment, the result of which did not indicate need for treatment. There are undoubtedly policy considerations to be considered, such as the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

There are competing policy interests. Where the condition is transient rather than persistent, unlikely to recur, not in need of treatment and not the result of self-induced intoxication, the policy objectives in finding such a person insane are not served. Such a person is not a danger to himself or to society generally. The notion cannot be accepted, that an extraordinary external event, *i.e.*, an intense emotional shock, can cause a state of dissociation or automatism, if, and only if, all normal persons subjected to that sort of shock would react in that way. The inquiry is directed to the accused's actual

processus psychotique et le ministère public n'a pas contesté la conclusion d'automatisme. La seule question à trancher est de savoir si, ayant conclu à l'automatisme, le juge du procès devait, en droit, conclure que l'appelant pouvait être légitimement détenu pendant une période indéfinie en tant qu'aliéné ou, en d'autres mots, de savoir si l'accusé qui a agi inconsciemment alors qu'il était dans un état mental passagé, doit être interné.

Le premier principe qui est fondamental dans notre droit criminel et qui régit l'issue de ce pourvoi, veut qu'aucun acte ne puisse constituer une infraction criminelle à moins qu'il ne soit accompli volontairement. La poursuite doit prouver l'état mental de l'accusé. En temps normal, les circonstances sont telles qu'elles permettent de présumer la volonté et la capacité mentale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un accusé, comme en l'espèce, produit devant la Cour des éléments de preuve suffisants pour qu'on se demande s'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a commis l'infraction alléguée. La charge de la preuve qui incombe à un accusé qui fait valoir ce moyen de défense ne consiste qu'à souligner des faits qui indiquent l'existence d'un tel état.

Le second principe veut qu'une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale ne puisse être internée dans un hôpital pour aliénés criminels à moins de souffrir d'une maladie mentale qui nécessite des traitements ou qui risque de se répéter. D'après la preuve médicale acceptée par le juge du procès, la probabilité d'un retour de l'état de dissociation est extrêmement faible. Aucune conclusion ne porte que l'appelant souffrait de psychose, de névrose ou de trouble de personnalité. Il ne souffre pas d'une maladie cérébrale d'origine organique. Il s'agit d'un événement isolé. L'appelant a déjà passé plusieurs semaines dans un hôpital psychiatrique pour subir des tests d'évaluation psychiatrique, neurologique et psychologique dont les résultats n'ont démontré aucun besoin de traitement. Il faut sans aucun doute tenir compte de considérations d'ordre public tel l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

Il existe des intérêts d'ordre public concurrents. Lorsque l'état d'une personne est passagé plutôt que permanent, qu'il n'est pas susceptible de se répéter, qu'il ne nécessite pas de traitement et n'est pas le résultat d'une intoxication volontaire, il ne sert pas les objectifs d'ordre public de déclarer cette personne aliénée. Cette personne ne constitue un danger ni pour elle ni pour la société en général. Il est inacceptable de considérer qu'un événement externe extraordinaire, par exemple, un choc émotionnel intense, peut provoquer un état de dissociation ou d'automatisme si et seulement si les personnes nor-

state of mind. It is his subjective mental condition with which the law is concerned. Nor can it be accepted that whether an automatic state is an insane reaction or a sane reaction may depend upon the intensity of the shock. In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime that cannot be attributed to fault or negligence on the part of the accused. Such evidence should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

[*R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *Bratty v. A.G. Northern Ireland*, [1963] A.C. 386, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from the acquittal of the appellant by a Country Court judge and ordering a new trial. Appeal dismissed, Dickson, Estey and McIntyre JJ. dissenting.

Michael A. Wadsworth, for the appellant.

Douglas C. Hunt, for the respondent.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon and Beetz JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario whereby that Court set aside the appellant's acquittal at trial for "causing bodily harm with intent to wound". The appellant had, at the same time, been charged with having a rock in his possession "for the purpose of committing the offence of wounding" but no appeal was taken from his acquittal on this charge.

The circumstances under which the alleged offences were committed are recounted with accuracy in the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Dickson in this case which I have had the advantage of reading and also in the judgment delivered by Mr. Justice Martin on behalf of the Court of Appeal for Ontario. An "Agreed Statement of Facts" has also been filed

[1] (1977), 17 O.R. (2d) 1, 40 C.R.N.S. 46, 37 C.C.C. (2d) 461, 79 D.L.R. (3d) 414.

males, victimes d'un tel choc, réagissent de cette manière. L'examen porte sur l'état d'esprit réel de l'accusé. Le droit s'intéresse à son état mental subjectif. De même on ne peut accepter que l'intensité du choc peut déterminer si l'automatisme est la réaction d'un aliéné ou d'une personne saine d'esprit. En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu'on ne peut l'imputer à la faute ou à la négligence de l'accusé. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

[Jurisprudence: *R. v. K.* (1970), 3 C.C.C. (2d) 84; *Bratty v. A.G. Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel de l'acquittement prononcé par un juge de la Cour de comté et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Dickson, Estey et McIntyre sont dissidents.

Michael A. Wadsworth, pour l'appelant.

Douglas C. Hunt, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon et Beetz rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui annulé l'acquittement de l'appelant sur une accusation [TRADUCTION] «d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de blesser». L'appelant était simultanément accusé d'avoir eu en sa possession une roche [TRADUCTION] «en vue de blesser», mais aucun appel n'a été formé relativement à son acquittement sur cette accusation.

Les circonstances afférentes aux infractions imputées sont relatées avec précision par mon collègue le juge Dickson; j'ai eu l'avantage de lire ses motifs de jugement ainsi que ceux du juge Martin, exposés au nom de la Cour d'appel de l'Ontario. Un «exposé conjoint des faits» a été versé au dossier dans les présentes procédures. Il ressort clairement de cet exposé et de l'analyse des faits

[1] (1977), 17 O.R. (2d) 1, 40 C.R.N.S. 46, 37 C.C.C. (2d) 461, 79 D.L.R. (3d) 414.

as a part of the record in these proceedings and, when read together with the factual analyses provided by the judges concerned, it becomes plain that there is no dispute as to the behaviour of the appellant on February 28 and March 1, 1974. On the former date, he had agreed to help a girl friend with some work which she was doing for a geology class of which they were both members and in the course of the afternoon he had access, while he was alone, to the girl's notebook in which he found a letter written to one of her friends disclosing that she considered other members of the opposite sex more exciting and desirable than the appellant to whom she referred somewhat obliquely as "a nothing".

It appears to me to be important to note at this stage that it is agreed by paragraph 5 of the Agreed Statement of Facts that "The appellant had never dated any other girl for any length of time and had only a minimal amount of sexual experience. An introvert, he was infatuated with the attractive outgoing" (girl). In any event, the appellant took the letter out of his friend's notebook and taking it home with him he appears to have brooded on it during the evening and underlined certain portions.

On the following day (March 1), the appellant had arranged to watch a friend play a game of squash at about noon and on his way to the squash courts "quite by chance" he met his girl friend and asked her to join him; when they reached the squash court, however, they entered a gallery from which to view the players but no one was playing and they started downstairs towards the locker area but on reaching the foot of the stairs the appellant asked the girl what she thought of a mutual friend and upon her replying that he was "just a friend", the appellant asked what she thought of him and it was when she said that he was a friend too that he hit her on the head with a rock wrapped in cloth which he had brought from the geology laboratory that morning—the next thing the girl knew was that the appellant was kneeling on the floor with his hands around her neck choking her and crying out "You bitch", "You bitch".

effectuée par les juges saisis de l'affaire que la conduite de l'appelant les 28 février et 1er mars 1974 n'est pas contestée. L'appelant avait accepté, le 28 février 1974, d'aider une amie à faire des travaux dans le cadre du cours de géologie qu'ils suivaient tous les deux. Au cours de l'après-midi, il a eu accès, alors qu'il était seul, au cahier de la jeune fille. Il y a trouvé une lettre adressée à l'une de ses amies dans laquelle elle écrivait qu'elle considérait certaines personnes du sexe opposé plus excitantes et désirables que l'appelant qu'elle qualifiait relativement indirectement de [TRADUCTION] «nullard».

J'estime important de faire remarquer à ce stade-ci que les parties reconnaissent au paragraphe 5 de l'exposé conjoint des faits que [TRADUCTION] «l'appelant n'est jamais sorti avec d'autres jeunes filles de façon régulière et [qu'il] n'a qu'une expérience sexuelle limitée. Introverti, il s'est épris de cette (jeune fille) séduisante et gaie». Quoi qu'il en soit, l'appelant a retiré la lettre du cahier et l'a emportée chez lui. Il l'aurait ressassée durant toute la soirée et en aurait souligné certains passages.

Le lendemain (soit le 1er mars), l'appelant avait prévu d'aller voir un ami jouer au squash vers midi. En se rendant aux courts de squash, il a [TRADUCTION] «tout à fait par hasard» rencontré son amie et lui a demandé de se joindre à lui. Arrivés au court de squash, ils se sont dirigés vers la galerie des spectateurs, mais personne ne jouait. Ils ont donc commencé à descendre l'escalier pour se rendre au vestiaire, mais en arrivant au pied de l'escalier, l'appelant a demandé à la jeune fille ce qu'elle pensait d'un ami commun. Après qu'elle eut répondu qu'elle le considérait [TRADUCTION] «simplement comme un ami», l'appelant lui a demandé ce qu'elle pensait de lui. Lorsqu'elle lui a répondu qu'elle le considérait également comme un ami, il l'a frappée à la tête avec une roche, enveloppée dans du tissu, qu'il avait pris au laboratoire de géologie ce matin-là. Le souvenir suivant de la jeune fille est que l'appelant était à genoux sur le plancher et que, les mains autour de son cou, il l'étranglait en lui criant [TRADUCTION] «Salope», «salope».

I have found it necessary to recite the facts in skeletal form in order to illustrate the background against which the defence of non-insane automatism was advanced on behalf of the appellant.

It should be observed also that the appellant was subjected to a number of interviews with psychiatrists with the result that the courts have found themselves involved in the shadowy area of mental disorders concerning which it is not surprising to find that there are wide differences in opinion amongst the "experts". The meaning of the word "automatism", in any event so far as it is employed in the defence of non-insane automatism, has, in my opinion, been satisfactorily defined by Mr. Justice Lacourcière of the Court of Appeal of Ontario in the case of *R. v. K.*[2]:

> Automatism is a term used to describe unconscious, involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action is not conscious of what he is doing. It means an unconscious involuntary act where the mind does not go with what is being done.

The defence of automatism as used in the present case of course involves a consideration of the provisions of s. 16 of the *Criminal Code* which read as follows:

> 16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while he was insane.
>
> (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. 1953-54, c. 51, s. 16.

What is said here is that although at the relevant time the appellant was in a state where,

[2] (1970), 3 C.C.C. (2d) 84.

J'ai estimé nécessaire de relater les faits de façon schématique afin d'illustrer la situation face à laquelle l'appelant oppose l'automatisme sans aliénation mentale comme moyen de défense.

On doit également souligner que l'appelant a été soumis à de nombreuses entrevues psychiatriques, ce qui a eu pour effet de plonger les tribunaux dans le monde mouvant des troubles mentaux où il n'est pas étonnant de trouver de grandes différences d'opinion chez les «experts». Le sens du mot «automatisme», quand il se rapporte au moyen de défense d'automatisme sans aliénation mentale, a été bien défini, à mon avis, par le juge Lacourcière en Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. K.*[2]:

> [TRADUCTION] L'automatisme désigne un comportement qui se produit à l'insu de la conscience et qui échappe à la volonté. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant capable d'agir, n'est pas consciente de ce qu'elle fait. Il désigne un acte inconscient et involontaire, où l'esprit ne sait pas ce qui se produit.

La façon dont on invoque l'automatisme comme moyen de défense en l'espèce, nécessite un examen des dispositions de l'art. 16 du *Code criminel*:

> 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) 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. 1953-54, c. 51, art. 16.

En l'espèce, on prétend que, même si à l'époque en cause, l'appelant était capable d'agir, il n'était

[2] (1970), 3 C.C.C. (2d) 84.

though capable of action he was not conscious of what he was doing, and more particularly that he was not suffering from a disease of the mind and was therefore not insane. The central question in deciding any case involving the defence of automatism is whether or not the accused was suffering from a disease of the mind. The opinions of psychiatrists go no further than characterizing the condition in which the appellant was found as being "a dissociative state" but it is clear, at least since the case of *Bratty v. A.G. Northern Ireland*[3], that the question of whether or not such a state amounts to "a disease of the mind" is a question of law for the judge to determine. The general rule is that it is for the judge as a question of law to decide what constitutes a "disease of the mind", but that the question of whether or not the facts in a given case disclose the existence of such a disease is a question to be determined by the trier of fact. I think it would be superfluous for me to retrace the line of authorities in this area as they have been so exhaustively discussed by my brother Dickson and also by Mr. Justice Martin of the Court of Appeal and by the learned trial judge. I am satisfied in this regard to adopt the following passages from the reasons for judgment of Mr. Justice Martin which are now conveniently reported in (1977), 40 C.R.N.S. 46. He there said at p. 62:

In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional makeup, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind, which is the transient effect produced by some specific external factor such as, for example, concussion. Any malfunctioning of the mind or mental disorder having its source primarily in some subjective condition or weakness internal to the accused (whether fully understood or not) may be a 'disease of the mind' if it prevents the accused from knowing what he is doing, but transient disturbances of consciousness due to certain specific external factors do not fall within the concept of disease of the mind. (For an interesting and helpful discussion see 'The Concept of Mental Disease In Criminal Law Insanity Tests' 33 *University of Chicago L. Rev.* 229, by Herbert Fingarette. Particular transient mental disturbances may not, however, be capable of being properly categorized in relation to

[3] [1963] A.C. 386.

pas conscient de ce qu'il faisait et, plus précisément, qu'il ne souffrait pas d'une maladie mentale et que, par conséquent, il n'était pas aliéné. La question principale qui se pose dans les affaires qui mettent en jeu une défense fondée sur l'automatisme est de savoir si l'accusé souffre d'une maladie mentale. Les opinions des psychiatres se limitent à décrire l'état de l'appelant comme un [TRADUCTION] «état de dissociation», mais il est clair, du moins depuis l'arrêt *Bratty v. A.G. Northern Ireland*[3], que la question de savoir si un tel état équivaut à «une maladie mentale» est une question de droit qui ressortit au juge. La règle générale énonce qu'il revient au juge de décider ce qui constitue une «maladie mentale» car il s'agit d'une question de droit; en revanche, la question de savoir si les faits d'une cause en particulier révèlent l'existence d'une telle maladie doit être tranchée par le juge du fond. A mon avis, il serait superflu de ma part de passer en revue la jurisprudence en ce domaine puisque cette dernière a été étudiée de façon exhaustive par mon collègue le juge Dickson, par le juge Martin en Cour d'appel et par le juge du procès. Il me suffit à cet égard de faire miens les passages suivants tirés des motifs de jugement du juge Martin maintenant publiés à (1977), 40 C.R.N.S. 46. Voici ce qu'il dit à la p. 62:

[TRADUCTION] De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple, une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé (qu'elle soit ou non tout à fait comprise) peut constituer une «maladie mentale» s'il empêche l'accusé de savoir ce qu'il fait. Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale. (A cet effet, on pourra consulter l'étude intéressante et utile de Herbert Fingarette, «The Concept of Mental Disease In Criminal Law Insanity Tests» 33 *University of Chicago L. Rev.* 229.) Toutefois, on ne peut, à partir d'une affirmation générale, qualifier à bon droit de, «maladies mentales» des troubles men-

[3] [1963] A.C. 386.

whether they constitute 'disease of the mind' on the basis of a generalized statement and must be decided on a case-by-case basis.

The same learned judge later stated in the same judgment at p. 68:

In my view, the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause constituting an explanation for a malfunctioning of the mind which takes it out of the category of a 'disease of the mind'. To hold otherwise would deprive the concept of an external factor of any real meaning. In my view, the emotional stress suffered by the respondent as a result of his disappointment with respect to Miss X cannot be said to be an external factor producing the automatism within the authorities, and the dissociative state must be considered as having its source primarily in the respondent's psychological or emotional make-up. I conclude, therefore, that, in the circumstances of this case, the dissociative state in which the respondent was said to be constituted a 'disease of the mind'. I leave aside, until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding that the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to affect the average normal person without reference to the subjective makeup of the person exposed to such experience.

For the above reasons I am of the opinion, with deference, that the learned trial judge erred in holding that the so-called 'psychological blow', which was said to have caused the dissociative state, was, in the circumstances of this case, an externally originating cause, and she should have held that if the respondent was in a dissociative state at the time he struck Miss X he suffered from 'disease of the mind'. A new trial must, accordingly, be had on count 2.

In my view, a possible key to the cause of the malfunctioning of the appellant's mind at the time of the alleged assault is to be found in paragraph 5 of the Agreed Statement of Facts to which I have already referred, and where it is said of him:

5. The Appellant had never dated any other girl for any length of time, and had only a minimal amount of sexual

taux momentanés et particuliers: chaque cas est un cas d'espèce.

Le savant juge ajoute à la p. 68:

[TRADUCTION] A mon avis, le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe qui peut servir d'explication à un déséquilibre mental et le sortir de la catégorie «maladie mentale». Conclure en sens contraire équivaudrait à enlever toute signification à la notion du facteur externe. A mon avis, le stress émotionnel dont a souffert l'intimé à la suite de ses déboires auprès de Mlle X ne peut être considéré comme un facteur externe à l'origine de l'automatisme au sens de la jurisprudence. On doit considérer que l'état de dissociation provient essentiellement de la constitution psychologique ou émotionnelle de l'intimé. Par conséquent, je conclus, vu les circonstances de l'espèce, que l'état de dissociation dans lequel se trouvait l'intimé, comme on l'a allégué, constitue une «maladie mentale». Je laisse de côté, jusqu'à ce qu'ils se présentent, les cas où l'état de dissociation résulte d'un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple le fait d'avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d'avoir été victime d'un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d'avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu'une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d'événement externe extraordinaire, sans qu'intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience.

Pour les motifs précités, j'estime, avec égards, que le savant juge du procès a erré en concluant que le «choc psychologique» qui serait à l'origine de l'état de dissociation, est, dans les circonstances, un facteur d'origine externe et elle aurait dû conclure que si l'intimé était dans un état de dissociation au moment où il a frappé Mlle X, alors il souffrait d'une «maladie mentale». Par conséquent, le second chef d'accusation doit faire l'objet d'un nouveau procès.

A mon avis, le paragraphe 5 de l'exposé conjoint des faits auquel j'ai fait référence donne l'une des clés de la cause du déséquilibre mental de l'appelant au moment des voies de fait alléguées; on y dit à son sujet:

[TRADUCTION] 5. L'appelant n'est jamais sorti avec d'autres jeunes filles de façon régulière et n'a qu'une

experience. An introvert, he was infatuated with the attractive, out-going . . .

It seems to me that his infatuation with this young woman had created an abnormal condition in his mind under the influence of which he acted unnaturally and violently to an imagined slight to which a normal person would not have reacted in the same manner.

It was contended on behalf of the appellant that a finding of disease of the mind and consequently of insanity in the present case would involve gross unfairness to the appellant who could be subject to the provisions of s. 545 of the *Criminal Code* and thus detained at the pleasure of the Lieutenant-Governor of the province. That such a result does not carry with it the hardship contended for is illustrated by the following passage from the reasons for judgment of Mr. Justice Martin at p. 69:

> It would, of course, be unthinkable that a person found not guilty on account of insanity because of a transient mental disorder constituting a disease of the mind, who was not dangerous and who required no further treatment, should continue to be confined. The present provisions of s. 545(1)(*b*) [re-en. 1972, c.13, s.45], however, authorize the Lieutenant-Governor to make an order if, in his opinion, it would be in the best interest of the accused and not contrary to the interest of the public for the discharge of a person found not guilty on account of insanity, either absolutely or subject to such conditions as he prescribes. In addition to the periodic reviews required to be made by a board of review appointed pursuant to s. 547(1) of the Code, the Lieutenant-Governor under s. 547(6) of the Code may request the board of review to review the case of any person found not guilty on account of insanity, in which case the board of review is required to report forthwith whether such person has recovered and, if so, whether in its opinion it is in the interest of the public and of that person for the Lieutenant-Governor to order that he be discharged absolutely or subject to such conditions as the Lieutenant-Governor may prescribe.

For all these reasons, as well as for those expressed by Mr. Justice Martin in the Court of Appeal for Ontario, I would dismiss the appeal and dispose of the matter in the manner proposed by him.

expérience sexuelle limitée. Introverti, il s'est épris de cette . . . séduisante et gaie.

Selon moi, l'emballement de l'appelant pour cette jeune femme a donné naissance chez lui à un état mental anormal sous l'influence duquel il a réagi de façon anormale et violente à ce qu'il croyait être un affront auquel une personne normale n'aurait pas réagi de la même manière.

On fait valoir au nom de l'appelant que conclure à la maladie mentale et, partant, à l'aliénation mentale entraînerait à son égard une injustice flagrante; en effet, il pourrait être assujetti à l'art. 545 du *Code criminel* et risquer par conséquent d'être gardé jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu. L'extrait suivant des motifs de jugement du juge Martin, à la p. 69, démontre bien que pareil résultat n'entraîne pas de conséquences aussi sévères:

> [TRADUCTION] Il serait bien entendu impensable qu'une personne déclarée non coupable pour le motif d'aliénation mentale due à un trouble momentané de l'esprit constituant une maladie mentale, qui n'est pas dangereuse et qui n'a pas à subir d'autres traitements, continue d'être détenue. Les dispositions actuelles de l'al. 545(1)*b*) [rempl. 1972, chap. 13, art. 45] donnent toutefois au lieutenant-gouverneur, s'il est d'avis que la mesure est dans l'intérêt véritable de l'accusé sans nuire à l'intérêt public, le pouvoir de rendre une ordonnance portant libération d'une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale, soit inconditionnellement soit aux conditions qu'il prescrit. En plus des examens périodiques que doit tenir une commission d'examen nommée en vertu du par. 547(1) du Code, le lieutenant-gouverneur peut, conformément au par. 547(6), demander à la commission d'examiner le cas de toute personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale. Dans ce cas, la commission d'examen doit faire connaître immédiatement si cette personne est rétablie et, dans l'affirmative, si à son avis il est dans l'intérêt du public et de cette personne que le lieutenant-gouverneur ordonne qu'elle soit libérée absolument ou sous réserve des conditions que le lieutenant-gouverneur peut prescrire.

Pour tous ces motifs, de même que pour ceux formulés par le juge Martin en Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de disposer de l'affaire de la manière qu'il propose.

The reasons of Dickson, Estey and McIntyre JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—The automatism "defence" has come into considerable prominence in recent years. Although the word "automatism" made its way but lately to the legal stage, it is basic principle that absence of volition in respect of the act involved is always a defence to a crime. A defence that the act is involuntary entitles the accused to a complete and unqualified acquittal. That the defence of automatism exists as a middle ground between criminal responsibility and legal insanity is beyond question. Although spoken as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act.

The issue in this appeal is whether automatism resulting from a "psychological blow" is available to an accused in answer to a charge of causing bodily harm with intent to wound. The appellant, Wayne Kenneth Rabey, suddenly and without warning assaulted a fellow student and friend, causing her injury. The theory of the defence was that his behaviour was caused by a psychological blow, an intense emotional shock which induced a "dissociative state", during which for a time, the appellant was neither conscious of, nor able to control his conduct, so that it was involuntary. This is sometimes spoken of as non-insane automatism, to distinguish it from cases in which the state of automatism is attributable to disease of the mind.

At common law, a person who engaged in what would otherwise have been criminal conduct was not guilty of a crime if he did so in a state of unconsciousness or semi-consciousness. Nor was he responsible if he was, by reason of disease of the mind or defect of reason, unable to appreciate the nature and quality of an act or that its commission was wrong. The fundamental precept of our criminal law is that a man is responsible only for his

Version française des motifs des juges Dickson, Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Le moyen de «défense» d'automatisme a pris beaucoup d'importance ces dernières années. Malgré l'introduction tardive du terme «automatisme» dans le domaine juridique, il demeure un principe fondamental que l'absence de volonté à l'égard de l'acte visé constitue toujours un moyen de défense à un acte criminel. Alléguer en défense que l'acte est involontaire donne à l'accusé le droit d'être complètement et inconditionnellement acquitté. Il ne fait aucun doute que la défense fondée sur l'automatisme constitue un moyen terme entre la responsabilité criminelle et l'aliénation mentale au sens de la loi. Bien qu'il s'agisse d'une défense, en ce sens que c'est l'accusé qui la soulève, le ministère public a toujours le fardeau de prouver le caractère volontaire d'un acte.

La question dans ce pourvoi est de savoir si un accusé peut se prévaloir du moyen de défense d'automatisme résultant d'un «choc psychologique» pour répondre à une accusation d'avoir causé des lésions corporelles dans l'intention de blesser. L'appelant, Wayne Kenneth Rabey, s'est soudainement et sans avertissement livré à des voies de fait sur une compagne de classe et amie, lui causant des blessures. Selon la défense, le comportement de l'appelant résulte d'un choc psychologique, d'un traumatisme émotionnel intense qui a entraîné un «état de dissociation» au cours duquel, pendant un moment, il n'a été ni conscient de sa conduite ni capable de la maîtriser, ce qui fait qu'elle échappait à sa volonté. On qualifie parfois cet état d'automatisme sans aliénation mentale, ce qui le distingue du cas où l'automatisme est imputable à une maladie mentale.

En *common law*, une personne dont la conduite serait par ailleurs criminelle n'est pas coupable d'un acte criminel si elle a agi dans un état d'inconscience ou de demi-conscience. Elle n'est pas non plus responsable si, en raison d'une maladie mentale ou d'un trouble de la raison, elle est incapable de juger la nature et la qualité de son acte ou de savoir qu'il est mauvais. Le principe fondamental de notre droit pénal est qu'une per-

conscious, intentional acts. Devlin J. summed up the position in *R. v. Kemp*[4]:

> In the eyes of the common law if a man is not responsible for his actions he is entitled to be acquitted by the ordinary form of acquittal, and it matters not whether his lack of responsibility was due to insanity or to any other cause. (at p. 251)

In order to protect the public from the dangerous criminally insane, the common law was changed by statute, long ago. By the *Criminal Lunatics Act*, 1800, and the *Trial of Lunatics Act*, 1883, and in Canada by the *Criminal Code*, a verdict of not guilty by reason of insanity results in committal to an institution. The purpose of the qualified verdict of acquittal is, of course, to ensure custody and treatment for those who might pose a continuing threat to society by reason of mental illness. In Canada, an accused who is acquitted on the ground of insanity is kept in strict custody in the place and in the manner that the Court directs, until the pleasure of the lieutenant-governor of the province is known [s. 542(2) of the *Code*].

The term "automatism" first appeared in the cases and in the periodical literature about thirty years ago. It is seen with increasing frequency. The defence of automatism is successfully invoked in circumstances of a criminal act committed unconsciously; and, in the past, has generally covered acts done while sleepwalking or under concussional states following head injuries.

The defence of automatism is, in some respects, akin to that of insanity. In both instances, the issue is whether an accused had sufficient control over, or knowledge of, his criminal act, to be held culpable. The two defences are, however, separate and distinct. As Professor Edwards observed in 21 *Mod. L. Rev.* 375, at p. 384:

> ... Both circumstances are concerned to prove mental irresponsibility, the essential difference ... being that in the case of insanity the defect of the understanding must originate in a disease of the mind, whereas in the defence of automatism *simpliciter* the criminal law is

[4] [1956] 3 All E.R. 249.

sonne n'est responsable que de ses actes conscients et délibérés. Le juge Devlin fait le point sur la question en ces termes *R. v. Kemp*[4]:

> [TRADUCTION] En *common law*, si un homme n'est pas responsable de ses actes, il a le droit d'être acquitté selon le mode normal d'acquittement; il importe peu que son absence de responsabilité découle de l'aliénation mentale ou d'une autre cause. (à la p. 251)

Afin de protéger le public contre les aliénés dangereux au sens du droit criminel, la *common law* a été modifiée voici très longtemps par des textes de loi. En vertu de la *Criminal Lunatics Act*, 1800, et de la *Trial of Lunatics Act*, 1883, et du *Code criminel* canadien, un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale emporte un internement dans une institution. Le but d'un verdict d'acquittement restrictif est d'assurer la détention et le traitement de ceux qui pourraient constituer une menace permanente pour la société en raison de leur maladie mentale. Au Canada, un accusé acquitté pour cause d'alinéation mentale est tenu sous garde rigoureuse dans le lieu et de la manière que la cour ordonne jusqu'à ce que le bon plaisir du lieutenant-gouverneur de la province soit connu [par. 542(2) du *Code*].

Les premières mentions du terme «automatisme» dans la jurisprudence et dans les périodiques remontent à trente ans environ. On le voit de plus en plus. On fait droit à une défense d'automatisme lorsqu'un acte criminel a été perpétré inconsciemment. Autrefois, ce moyen visait généralement les actes accomplis dans un état de somnambulisme ou de commotion due à des blessures à la tête.

La défense fondée sur l'automatisme se rapproche à certains égards de celle fondée sur l'aliénation mentale. Dans les deux cas, il s'agit de savoir si l'accusé était suffisamment maître ou conscient de son acte criminel pour être déclaré coupable. Ces deux moyens de défense sont toutefois séparés et distincts. Comme l'a souligné le professeur Edwards dans 21 *Mod. L. Rev.* 375, à la p. 384:

> [TRADUCTION] ... Dans les deux cas, il s'agit de prouver l'irresponsabilité mentale. La différence essentielle ... est celle-ci: dans le cas de l'aliénation mentale, le défaut de comprendre doit provenir d'une maladie mentale alors que dans le cas de la défense d'automatisme

[4] [1956] 3 All E.R. 249.

not concerned with any question of the disease of the mind.

Although separate, the relationship between the two defences cannot be discounted. Automatism may be subsumed in the defence of insanity in cases in which the unconscious action of an accused can be traced to, or rooted in, a disease of the mind. Where that is so, the defence of insanity prevails. This is all felicitously expressed by Gresson P. in *R. v. Cottle*[5], at p. 1007:

It would appear that automatism raised as a defence to a criminal charge may be something quite different and distinct from insanity. In a particular case, it may be that the automatism relied on is due to some 'disease of the mind' but it is not necessarily so. Automatism, which strictly means action without conscious volition, has been adopted in criminal law as a term to denote conduct of which the doer is not conscious—in short doing something without knowledge of it, and without memory afterwards of having done it—a temporary eclipse of consciousness that nevertheless leaves the person so affected able to exercise bodily movements. In such a case, the action is one which the mind in its normal functioning does not control. This may be due to some 'disease of the mind' or it may not; it may happen with a perfectly healthy mind (e.g. in somnambulism which may be unaccompanied by an abnormality of mind), or it may occur where the mind is temporarily affected as the result of a blow, or by the influence of a drug or other intoxication. It may on the other hand be caused by an abnormal condition of the mind capable of being designated a mental disease. What are known as the M'Naghten Rules can have no application unless there is some form of 'disease of the mind', which is not necessarily present in all cases of automatism.

I

The Facts

At the time of the alleged offence, March 1, 1974, the appellant, twenty years of age, was a third year geology student in an honours science course at the University of Toronto. During the fall of 1973, he had spent some time with the

[5] [1958] N.Z.L.R. 999.

proprement dite, le droit pénal ne se préoccupe aucunement de la question de la maladie mentale.

Bien que ces deux moyens de défense soient distincts, les liens qui existent entre eux ne peuvent être écartés. Dans le cadre d'une défense fondée sur l'aliénation mentale, l'automatisme peut être subsumé dans les cas où l'action inconsciente de l'accusé provient ou tire son origine d'une maladie mentale. Dans un tel cas, la défense d'aliénation mentale prévaut. C'est ce que le juge Gresson a exprimé avec justesse dans *R. v. Cottle*[5], à la p. 1007:

[TRADUCTION] Il semble que l'automatisme plaidé en défense à une accusation criminelle soit une chose tout à fait différente et distincte de l'aliénation mentale. Il se peut que dans certains cas, l'automatisme ainsi invoqué soit causé par une «maladie mentale», mais il n'en est pas toujours ainsi. Le terme «automatisme» qui signifie, à strictement parler, l'accomplissement d'actes sans participation de la volonté consciente, a été adopté en droit pénal pour désigner la conduite de quelqu'un qui agit sans être conscient ... bref, qui agit sans le savoir et sans s'en souvenir après coup. Il s'agit d'une privation temporaire de la conscience qui n'empêche cependant pas la personne ainsi touchée de bouger. Dans ces conditions, l'acte en est un sur lequel un esprit qui fonctionne normalement n'a aucun pouvoir. Cette situation peut résulter ou non d'une «maladie mentale»; elle peut se produire chez une personne en parfait état de santé mentale (p. ex., dans un cas de somnambulisme sans trouble mental connexe), ou survenir lorsque l'esprit est temporairement perturbé suite à un choc, qu'il est sous l'influence d'une drogue ou d'autres substances toxiques. En revanche, cette situation peut être causée par un état mental anormal à même d'être qualifié de trouble mental. Ce que l'on appelle les règles de M'Naghten ne peuvent s'appliquer à moins qu'il y ait une forme quelconque de «maladie mentale» que l'on ne trouve pas nécessairement dans tous les cas d'automatisme.

I

Les faits

A l'époque de l'infraction imputée, soit le 1er mars 1974, l'appelant, âgé de vingt ans, était en troisième année de géologie et préparait une licence en sciences à l'Université de Toronto. Au cours de l'automne 1973, il a suivi un certain

[5] [1958] N.Z.L.R. 999.

complainant, also a third year science student, with whom he shared a number of classes. Along with two male classmates, the two studied and lunched together. Their social activities extended to walks together, dinner at one another's homes and forays to a local bar. The appellant was somewhat shy and though he began to develop strong feelings for the attractive, out-going complainant, the sentiment was not reciprocated.

Plans for the ski trip to Quebec were made in November and the two planned to share a room. The complainant then invited another student to accompany them, creating a more platonic overtone. The three did in fact go to Quebec. The appellant testified that his relationship with the complainant deteriorated in early 1974. They no longer went on walks or visited for dinner. He still saw much of her at school.

On February 28, 1974, the complainant asked the appellant to assist her with an assignment. While she was absent a few moments, he flipped through her books to locate an equation and found a letter she had written to a female friend. He took the letter without her knowledge and read it at home that evening. The letter contains a number of references to sexual activity, both actual and wished for. Toward the end of the letter, this paragraph appears:

> And for some reason all the guys I know want to go out with me and not be just friends any more so I can't talk to them. I don't want to go out with them and they know it so there is static in the air which is why I want to leave. Hell I can insult Wayne [the appellant] and Rick and they still bug me in class. I want to be alone or with just one good guy, not with a bunch of nothings.

The appellant was hurt and angry as he read the letter. He marked the passages referred to above with a pen.

The following morning, he removed a rock sample of galena from the geology lab. This was not unusual, for he was permitted to take samples

nombre de cours avec la plaignante, qui était également étudiante en troisième année de sciences. Les deux jeunes gens étudiaient et déjeunaient ensemble, en compagnie de deux autres camarades de classe masculins. Ils se promenaient, dînaient l'un chez l'autre et faisaient des incursions dans un bar local: c'était là l'étendue de leurs activités sociales. L'appelant était quelque peu timide et les sentiments assez vifs qu'il commençait à nourrir à l'égard de la plaignante, une jeune fille séduisante et gaie, n'étaient toutefois pas partagés.

En novembre, ils ont fait le projet d'aller skier à Québec; l'appelant et la plaignante s'étaient entendus pour partager une chambre. La plaignante a ensuite invité un autre étudiant à se joindre à eux, d'où une situation plus platonique. Ils sont effectivement allés tous les trois à Québec. Suivant le témoignage de l'appelant, ses relations avec la plaignante se sont détériorées au début de 1974. Ils ne faisaient plus de promenades, ne se rencontraient plus pour dîner. Il la voyait encore beaucoup à l'université.

Le 28 février 1974, la plaignante a demandé à l'appelant de l'aider dans un travail. Alors qu'elle s'était absentée quelques instants, il feuilleta ses livres pour y trouver une équation et tomba sur une lettre qu'elle avait adressée à une amie. Il prit la lettre à son insu et la lut chez lui ce soir-là. La lettre fait référence en plusieurs endroits à des activités sexuelles, réelles et souhaitées. A la fin de la lettre, on trouve l'alinéa suivant:

> [TRADUCTION] Et pour une raison ou pour une autre, tous les gars que je connais veulent sortir avec moi. Ils ne veulent plus être de simples amis. Je ne peux plus leur parler. Je ne veux pas sortir avec eux; ils le savent et ça crée de l'électricité dans l'air. Voila pourquoi je veux partir. Maudit! même si je les insulte, Wayne [l'appelant] et Rick continuent à me tanner en classe. Je veux rester toute seule ou rencontrer un type bien, pas une bande de nullards.

A la lecture de la lettre, l'appelant s'est senti blessé et furieux. Il a souligné les passages précités au stylo.

Le lendemain matin, il a pris un échantillon de galène au laboratoire de géologie. Ce n'était pas anormal puisqu'il était autorisé à emporter des

home for purposes of study. At about noon, as he left to watch a squash match, he met the complainant. He testified that, "just for about a second, not even that, I felt sort of strange, I can't describe how I felt". He referred to it as a flash. He suggested she watch the match with him. The two proceeded to the squash court. The game was not in progress, so they left by the far stairwell. The appellant remembered asking her what she thought of Gord, a friend of theirs, hearing the reply that he was "just a friend", and "really the next thing I remember was choking her and I remember the face was a funny colour and I remember seeing a lot of blood and I stopped". He realized his hands were around her throat.

The complainant testified that following the question about Gord, the appellant then asked, "What do you think of me?" She replied, "You're just a friend too". As she opened a set of fire doors, she heard a crash and a "crumbling sound". The appellant grabbed her around the arms and struck her on the head. She lost consciousness momentarily. When she recovered consciousness, he was choking her.

A student happened along, to whom the appellant said, "there's been a terrible accident". He was pale, sweating, glassy-eyed and had a frightened expression. When the witness looked over the railing and saw the complainant's head, her body being under the stairs, the appellant said, "I've killed her and I am going to kill you too". The appellant had only a partial recollection of his encounter with this witness.

A professor who was summoned testified that the appellant was very pale and bewildered. His description of the appellant was that he was perspiring; very, very nervous; distraught; upset; absoultely pale, no colour in his face; had moisture about the mouth; was shakey, jerky in his speech; absolutely bewildered, "out of it". In reply, he said that although the appellant was halting in his

échantillons de roche chez lui pour les étudier. Vers midi, alors qu'il allait voir une partie de squash, il a rencontré la plaignante. Comme le démontre son témoignage [TRADUCTION] «pendant une seconde, même pas, je me suis senti bizarre, je ne peux pas décrire ce que j'ai ressenti». Selon lui, cela se comparaît à un éclair. Il lui a alors proposé de venir voir la partie avec lui. Ils se sont dirigés vers le court de squash. Comme il n'y avait pas de match en cours, ils sont partis par l'escalier le plus éloigné. L'appelant se rappelle lui avoir demandé ce qu'elle pensait de Gord, un ami commun, avoir entendu la réponse qu'elle le considérait [TRADUCTION] «simplement comme un ami», et [TRADUCTION] «vraiment, ce dont je me souviens ensuite, c'est que j'étais en train de l'étrangler; son visage avait une couleur bizarre; et je me rappelle avoir vu beaucoup de sang et je me suis arrêté». Il s'était rendu compte qu'il avait les mains autour du cou de la jeune fille.

La plaignante a témoigné qu'après lui avoir posé la question au sujet de Gord, l'appelant lui a demandé: [TRADUCTION] «Qu'est-ce que tu penses de moi?» Elle a répondu: [TRADUCTION] «Tu es un ami, c'est tout.» Au moment où elle ouvrait les portes pare-feu, elle a entendu un grand bruit et [TRADUCTION] «quelque chose qui s'écroulait». L'appelant l'a saisie par les bras et l'a frappée à la tête. Elle s'est momentanément évanouie. Lorsqu'elle a repris connaissance, il était en train de l'étrangler.

A un étudiant qui passait par là, l'appelant a déclaré: [TRADUCTION] «Il y a eu un terrible accident». Il était pâle, transpirait, avait le regard vide et une expression d'effroi. Lorsque le témoin s'est penché par-dessus la rampe et a vu la tête de la plaignante dont le corps gisait sous l'escalier, l'appelant a dit: [TRADUCTION] «Je l'ai tuée et je vais te tuer toi aussi». L'appelant ne se rappelle qu'à moitié sa rencontre avec ce témoin.

Selon un professeur cité comme témoin, l'appelant était très pâle et ahuri. Selon sa description, l'appelant transpirait; il était très, très nerveux, affolé, bouleversé, il était extrêmement pâle, le visage décoloré; il avait des gouttes de sueur autour de la bouche; il tremblait et il parlait de façon saccadée, il était complètement ahuri, [TRADUCTION] «déboussolé». En contre-interrogatoire,

speech, he was coherent. According to the nurse who next saw the appellant, he looked very upset. His pulse was very fast and not strong; he had a limp "clammy" appearance. She was unable to convince him he had not killed the complainant. To the Dean, the appellant said, "I don't know why I started or why I stopped" and that, "he liked her better than anyone he had ever known". The Dean testified the appellant spoke slowly in a confused sort of way, was very depressed and perhaps dazed.

To Constable Pollitt, the appellant said, "I did it, I know I did it, I just couldn't stop hitting her". The appellant gave a statement to the police, which reads in part:

I was asking her about the ballet, then I asked her if she liked this guy Gord. She said something about just as a friend, then I guess I hit her right then on the head, she was bleeding from the head and the next thing I remember it all happened so fast she was on the floor and I was sitting on top of her choking her. I thought she was dead there was blood everywhere, I just don't know what happened.

The statement concluded:

I don't know why I did it because I wasn't even mad when this happened, and I don't remember parts of what happened and when I realized what I had done I went to the nurse's office and then to phone the police, I actually thought I'd killed somebody.

A number of character witnesses spoke highly of the appellant. Evidence was led that he had been a well behaved young man until this incident. He had never lost his temper or displayed signs of anger.

The complainant made a complete recovery within a short time.

II

The Medical Evidence

The appellant was remanded for psychiatric assessment and committed on March 5, 1974, to

il a affirmé que même si l'appelant parlait avec hésitation, on pouvait facilement le comprendre. L'infirmière qui est la personne suivante à avoir vu l'appelant, l'a trouvé très bouleversé. Son pouls, très rapide, était faible; il était vidé et moite de sueur. L'infirmière n'a pu le convaincre qu'il n'avait pas tué la plaignante. Il a dit au doyen: [TRADUCTION] «Je ne sais pas pourquoi j'ai commencé ni pourquoi je me suis arrêté» et qu' [TRADUCTION] il l'aimait plus que toutes les autres personnes qu'il avait jamais connues». Selon le doyen, l'appelant parlait lentement, d'une manière quelque peu confuse; il était très déprimé et peut-être hébété.

L'appelant a dit à l'agent Pollitt: [TRADUCTION] «Je l'ai fait, je sais que je l'ai fait, je ne pouvais pas m'arrêter de la frapper». La déclaration qu'il a faite à la police se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] J'étais en train de lui poser des questions sur le ballet lorsque je lui ai demandé si ce type, Gord, lui plaisait. Elle a répondu qu'il n'était qu'un ami ou quelque chose comme ça. C'est à ce moment que je pense l'avoir frappée à la tête. Elle saignait de la tête. Ce dont je me souviens ensuite—tout cela s'est passé tellement rapidement—c'est qu'elle gisait par terre et que j'étais assis sur elle en train de l'étrangler. Je pensais qu'elle était morte; il y avait du sang partout. Je ne sais vraiment pas ce qui est arrivé.

Il termine sa déclaration comme suit:

[TRADUCTION] Je ne sais pas pourquoi je l'ai fait: je n'étais même pas en colère lorsque cela s'est passé. Je ne me rappelle pas tout ce qui est arrivé. Lorsque je me suis rendu compte de ce que j'avais fait, je suis allé au bureau de l'infirmière; j'ai ensuite téléphoné à la police. Je pensais vraiment avoir tué quelqu'un.

Des témoins de moralité ont dit beaucoup de bien de l'appelant. La preuve démontre qu'avant cet incident, il avait toujours été un jeune homme rangé. Il ne s'était jamais mis en colère et n'avait jamais montré de signe d'irritation.

La plaignante a mis peu de temps à se rétablir complètement.

II

La preuve médicale

L'appelant a été renvoyé à des fins d'évaluation psychiatrique et interné le 5 mars 1974 à l'hôpital

the Lakeshore Hospital. He was discharged on April 1, 1974. Detailed medical examinations disclosed no evidence of neurological disease. A psychological survey showed no indication of psychotic process. Dr. Slyfield conducted a number of interviews in the preparation of his report which concludes:

> Psychological testing done by Mr. Wejtko indicates superior intellectual ability, a personality profile within the range of normality, and a tendency to use the psychological defenses of avoidance, repression and blocking. There was no evidence of psychotic disintegration.
>
> If Wayne is telling the truth about his amnesia for most of the incident, then it is probable that his consciousness was dissociated at the time. His somnambulistic episode lends some support to this explanation. However, such a psychological mechanism need not indicate mental illness.

In the opinion of Dr. Orchard, assistant professor of psychiatry at the University of Toronto and witness for the defence, the appellant entered into a complete dissociative state, a disorder of consciousness which occurs as a result of part of the nervous system "shutting off". A person in a severe dissociative state may be capable of performing physical actions without consciousness of such actions. When the appellant entered the dissociative state near the foot of the stairs, his mind "shut off", and the return of consciousness was gradual. In Dr. Orchard's opinion, the dissociative state which occurred was comparable to that produced by a physical blow; though caused by a "psychological blow", certain physical effects were produced as observed by the student, the professor, the nurse and the Dean.

According to Dr. Orchard, the appellant was a young man of average health, or better than average health, with no pre-disposition to dissociate. The severe dissociative state, such as the appellant suffered, usually occurs in persons within the category of normal people. According to Dr. Orchard, it is rare for the severe dissociative state not

Lakeshore. Il a été libéré le 1er avril 1974. Les examens médicaux détaillés ne font état d'aucune maladie d'origine neurologique. Un rapport psychologique ne laisse voir aucun signe de processus psychotique. Le Dr Slyfield a mené une série d'entrevues afin de préparer le rapport dont voici les conclusions:

> [TRADUCTION] Il ressort des tests psychologiques effectués par M. Wejtko que l'appelant possède une capacité intellectuelle supérieure, un profil de personnalité qui le situe dans la moyenne et une tendance à faire usage de défenses psychologiques telles l'évasion, la répression et le blocage. Rien dans le rapport ne laisse voir une désintégration psychotique.
>
> Si Wayne dit la vérité au sujet de son amnésie pendant la majeure partie de l'incident, alors il est probable qu'à ce moment-là, sa conscience ait été dissociée. Son accès de somnambulisme viendrait étayer cette explication. Toutefois, un mécanisme psychologique semblable n'indique pas nécessairement de maladie mentale.

De l'avis du Dr Orchard, professeur adjoint en psychiatrie à l'Université de Toronto qui a témoigné pour la défense, l'appelant est entré dans un état de dissociation complet. Il s'agit d'un trouble de la conscience qui se produit lorsqu'une partie du système nerveux [TRADUCTION] «ne fonctionne plus». Une personne dans un état de dissociation grave peut être capable d'accomplir des actes physiques sans avoir conscience de ce qu'elle fait. Lorsque l'appelant est entré en état de dissociation en arrivant au pied de l'escalier, son esprit [TRADUCTION] «a arrêté de fonctionner» et la reprise de conscience s'est faite graduellement. De l'avis du Dr Orchard, l'état de dissociation qui s'est produit est comparable à celui que provoque un choc physique; bien que causés par un «choc psychologique», il y a eu certains effets physiques que l'étudiant, le professeur, l'infirmière et le doyen ont pu observer.

Selon le Dr Orchard, l'appelant est un jeune homme qui jouit d'une assez bonne santé, ou même d'une santé supérieure à la moyenne, sans aucune prédisposition à la dissociation. L'état de dissociation grave, comme celui dont a souffert l'accusé, se rencontre habituellement chez les personnes appartenant à la catégorie des personnes

caused by some underlying pathology to recur. In his opinion, there was only a very slight possibility that the appellant would suffer a recurrence of this disorder of consciousness. Dr. Orchard could find no indication of any pathological condition, which he defined as a "diseased condition or abnormally sick condition". In his view, the dissociative state itself is an "occurrence", not a mental illness and not a disease of the mind.

Dr. Rowsell who, like Dr. Orchard, is a psychiatrist of eminence, examined the appellant and testified on behalf of the Crown. In his opinion, the appellant was not in a dissociative state, but rather was a controlled young man who went into an extreme state of rage at that moment and, while in that state, struck the complainant on the head and choked her. Dr. Rowsell felt that if, contrary to his opinion, the appellant was in a dissociative state, he suffered from disease of the mind. According to Dr. Rowsell, consciousness is the distinguishing factor of mental life; the dissociative state is, by definition, a subdivision of hysterical neurosis, which is a definite mental illness. It is by definition a disorder of the mind. Dr. Rowsell did not suggest there was an underlying pathology which induced the alleged dissociative state. His report reads in part:

> He shows no evidence of psychosis. (A psychosis is a disorder of thinking, feeling and behaviour, accompanied by a break with reality. This means that the individual is no longer able to interpret events, both internal and external, as would a person in good mental health.) . . .
>
> There is no evidence of any organic brain disorder which would impair his consciousness. Therefore, the issue could be raised as to whether he was in an automatic state at the time of the event. In my opinion he was not. The psychiatric term for such a state would be Dissociative Reaction.

The evidence of Dr. Rowsell was that Rabey was conscious at the time of the act but suffered hysterical amnesia *after the event*, which Dr. Rowsell categorized as neurosis, a disease of the mind.

normales. De l'avis du Dr Orchard, il est rare qu'un état de dissociation grave sans cause pathologique latente se répète. A son avis, le risque de voir l'appelant victime d'une rechute de ce trouble de la conscience est très minime. Le Dr Orchard n'a trouvé aucun indice d'un état pathologique qu'il définit comme [TRADUCTION] «un état de maladie ou un état de maladie anormal». A son avis, l'état de dissociation constitue en lui-même un [TRADUCTION] «hasard», et non un trouble mental ni une maladie mentale.

Le Dr Rowsell qui, comme le Dr Orchard, est un éminent psychiatre, a examiné l'appelant et témoigné pour le ministère public. Selon lui, l'appelant n'était pas dans un état de dissociation. Il explique que ce jeune homme qui avait la maîtrise de ses actes a fait une crise de rage extrême à ce moment précis et que, pendant qu'il était dans cet état, il a frappé la plaignante à la tête et a tenté de l'étrangler. Le Dr Rowsell estime que si, contrairement à ce qu'il croit, l'appelant était dans un état de dissociation, alors il souffrait d'une maladie mentale. Selon lui, la conscience est la marque de l'activité mentale; l'état de dissociation est par définition une subdivision de la névrose hystérique qui est nettement une maladie mentale. C'est par définition un trouble mental. Le Dr Rowsell n'a pas laissé à entendre que le prétendu état de dissociation provenait d'un état pathologique latent. On peut lire dans son rapport:

> [TRADUCTION] Il ne montre aucun signe de psychose. (Une psychose est un trouble de la pensée, des sentiments et du comportement accompagné d'une évasion de la réalité. Cela signifie que la personne n'est plus en mesure d'interpréter les événements, tant internes qu'externes, comme le ferait une personne en bonne santé mentale.) . . .
>
> Il n'y a aucune preuve de trouble cérébral d'origine organique qui pourrait diminuer ses facultés mentales. Par conséquent, on peut se poser la question de savoir s'il était dans un état d'automatisme au moment de l'événement. A mon avis, il ne l'était pas. En psychiatrie, on décrit un tel état comme une réaction de dissociation.

Selon le témoignage du Dr Rowsell, Rabey savait ce qu'il faisait au moment de la perpétration de l'acte, mais a souffert d'amnésie hystérique *après coup*, amnésie que le Dr Rowsell a qualifiée de névrose, soit une maladie mentale.

Dr. Rowsell, unlike Dr. Orchard, was of the opinion that the appellant still had a psychiatric problem for which he required treatment to help him face up to what occurred. The treatment would take six months to a year, and could be undertaken on an out-patient basis. The prognosis was excellent.

Dr. Orchard, on the other hand, was of the view that inasmuch as the appellant had been a relatively normal person prior to the occurrence, likelihood of any recurrence was negligible. In Dr. Orchard's words:

I think he has a pretty healthy personality and he will find a healthy way through all this. So I don't see it in need of any treatment. I don't see him as sick. I do agree with Dr. Rowsell he is not in any way a criminal type of person.

Dr. Rowsell considered that the appellant was not "in any way a criminal type of person". Dr. Orchard shared that view.

III

At Trial and on Appeal

The trial judge, Dymond Co. Ct. J., rejected the Crown theory of planned revenge and the medical opinion advanced by Dr. Rowsell of tremendous rage and loss of memory from protective hysterical amnesia. Referring to *R. v. K.*[6] and *Parnerkar v. The Queen*[7], the judge concluded that a dissociative state brought on by psychological trauma can support a defence of automatism. The ruling in *Parnerkar* flowed from the medical evidence there, distinctly different from the evidence in this case.

On the issue of automatic behaviour the judge held:

... I am satisfied from the evidence given by Dr. Orchard, by the accused himself, and by the witnesses Pollard, Turner, Houston, Huggett and Degutis that there was evidence before the Court to paraphrase from

[6] (1970), 3 C.C.C. (2d) 84.

[7] [1974] S.C.R. 449, aff, g. (1971), 5 C.C.C. (2d) 11 (Sask. C.A.).

A la différence du Dr Orchard, le Dr Rowsell est d'avis que l'appelant a toujours un problème psychiatrique pour lequel il devrait suivre un traitement qui l'aiderait à faire face à la situation. Le traitement devrait durer de six mois à un an, et pourrait être suivi en consultation externe. Le pronostic était excellent.

De son côté, le Dr Orchard est d'avis que dans la mesure où l'appelant était une personne relativement normale avant cet événement, le risque de rechute était négligeable. Il déclare:

[TRADUCTION] A mon avis, il a une personnalité assez saine et il trouvera une façon saine de s'en sortir. Je ne vois donc pas la nécessité d'un traitement. Selon moi, il n'est pas malade. Je suis d'accord avec le Dr Rowsell que ce n'est absolument pas une personne prédisposée au crime.

Selon le Dr Rowsell, l'appelant n'était [TRADUCTION] «absolument pas une personne prédisposée au crime». Le Dr Orchard est aussi de cet avis.

III

En première instance et en appel

Le juge Dymond de la Cour de comté a rejeté la théorie de la vengeance préméditée avancée par le ministère public et l'opinion médicale du Dr Rowsell que l'accusé aurait fait une crise de rage extrême et perdu la mémoire suite à une amnésie hystérique protectrice. Se reportant aux arrêts *R. v. K.*[6] et *Parnerkar c. La Reine*[7], le juge a conclu qu'un état de dissociation résultant d'un traumatisme psychologique peut étayer une défense fondée sur l'automatisme. L'arrêt *Parnerkar* est tributaire de la preuve médicale produite qui, d'ailleurs, diffère distinctement de celle présentée en l'espèce.

Sur la question du comportement automatique de l'accusé, le juge a conclu:

[TRADUCTION] ... Les témoignages du Dr Orchard, de l'accusé lui-même et des témoins Pollard, Turner, Houston, Huggett et Degutis m'ont convaincu de l'existence d'éléments de preuve devant la Cour, (je me permettrais

[6] (1970), 3 C.C.C. (2d) 84.

[7] [1974] R.C.S. 449, confirmant (1971), 5 C.C.C. (2d) 11 (C.A. Sask.).

Mr. Justice Kelly in *Reg. v. Sproule*, a decision released April 16th 1975, quote, and I'm paraphrasing: "upon which a jury properly instructed could have found that at the time of the wounding Rabey had been suffering from a malfunction of mind described as dissociation of the type brought about by an externally originating cause". Such external cause would have been the words about Gord being a friend, which, tied with the knowledge of what the letter had said, constituted an external blow or trauma which resulted in Rabey's being in a dissociative state. It can be compared with the blow to the skull causing a concussion where the skull is thin.

Elsewhere in the judgment the following passage appears:

I am therefore of the opinion that a defence of malfunction of the mind described as a dissociative state or a dissociation brought about by an externally operating cause is still open when the external cause is a psychological trauma, provided the other necessary conditions are met.

The "necessary conditions" to which the judge referred were:

1. There must be no disease of the mind, *Bratty v. Attorney-General*. In this case both psychiatrists have given as their opinion that at the time of the event the appellant was not suffering from any disease of the mind and no evidence was led to indicate that he was so suffering, other than Dr. Rowsell's opinion that if he were in a dissociative state, it would be a disease of the mind.
2. The condition must not arise as a result of some pre-existing pathological condition or disease. Both doctors agreed there was none.
3. The condition must not be attributable to some self-advanced incapacity, such as the consumption of liquor. The only self-advanced incapacity conceivable was the taking of the letter, and I do not believe the consequences thereof could have been foreseen.
4. The condition could not have been reasonably foreseen as the result of a particular act of omission or commission.
5. According to Lord Denning, a disease of the mind is any mental disorder which has manifested itself in violence and is prone to recur. The opinion of Dr. Orchard was that in so far as there can be any certainty in medicine the state will not recur. This is

ici de citer, tout en le paraphrasant, l'extrait de l'arrêt *Reg. v. Sproule* rendu par le juge Kelly le 16 avril 1975): «à partir desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu conclure qu'au moment d'infliger les blessures, Rabey souffrait d'un trouble mental connu sous le nom de dissociation dont la cause était d'origine externe». Pareille cause externe prendrait racines dans les paroles selon lesquelles Gord n'était qu'un ami, ce qui, dans le contexte du contenu de la lettre, a provoqué un choc ou un traumatisme externe qui a entraîné chez Rabey un état de dissociation. Ce choc est comparable à un choc au crâne qui entraîne une commotion à l'endroit le plus mince du crâne.

On peut également y lire le passage suivant:

[TRADUCTION] Par conséquent, j'estime que l'on peut avoir recours à une défense de déséquilibre mental décrit comme un état de dissociation ou une dissociation provoquée par un facteur externe lorsque ce facteur constitue un traumatisme psychologique, si les autres conditions nécessaires sont remplies.

Les «conditions nécessaires» auxquelles le juge fait référence sont les suivantes:

[TRADUCTION]

1. Il ne doit y avoir aucune maladie mentale, *Bratty v. Attorney-General*. En l'espèce, les deux psychiatres ont témoigné qu'au moment de l'incident, l'appelant ne souffrait d'aucune maladie mentale et aucune preuve n'a été présentée en ce sens, si ce n'est l'opinion du Dr Rowsell que, si l'appelant était dans un état de dissociation, il devait souffrir d'une maladie mentale.
2. L'état de la personne ne doit pas découler d'une maladie ou d'un état pathologique préexistants. Les deux médecins sont d'accord pour dire qu'en l'espèce, il n'y en avait pas.
3. L'état de la personne ne doit pas être imputable à une incapacité due à son propre fait telle l'absorption de boissons alcooliques. La seule incapacité de ce genre que l'on pourrait concevoir en l'espèce est le fait d'avoir pris la lettre; je ne crois pas que les conséquences de ce geste étaient prévisibles.
4. L'état de la personne ne doit pas être raisonnablement prévisible comme conséquence d'un acte ou d'un défaut d'agir donné.
5. Selon lord Denning, une maladie mentale se définit comme tout trouble mental qui se traduit par la violence et le risque de rechute. Selon le Dr Orchard, dans la mesure où il peut y avoir des certitudes en médecine, cela ne se reproduira pas. On est loin du

far from "prone to recur", and Dr. Rowsell did not indicate he thought the actions would recur.

The judge concluded:

I am satisfied that Rabey was not insane within the meaning of section 16 of the Criminal Code when the acts were committed, and I am in a state of real doubt and I believe reasonable doubt as to whether the accused acted in a state of automatism, so that there was no mind behind the actions, and in effect the actions were not his or whether he intended to perform the acts. I must therefore give the benefit of the doubt to the accused, since I have found that a proper foundation was laid for an inference to be reasonably made that the accused acted in a state of automatism brought about by an external cause.

In acquitting the appellant the judge made two findings of particular significance: first, that the appellant was not insane within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code* when the acts were committed and, second, that the appellant had acted in a state of automatism brought about by an external cause.

It is important to note that the Crown did not challenge the finding of automatism in this Court or in the Ontario Court of Appeal. We must therefore accept, for the purposes of this appeal, that the acts to which I have referred occurred without will, purpose or reasoned intention on the part of the appellant. The only question for decision is whether, having found automatism, the trial judge was bound in law to find that the appellant was a proper subject for indefinite detention as an insane person.

On appeal to the Ontario Court of Appeal, the acquittal on the charge of causing bodily harm was reversed and a new trial directed on that count. The Court held that the psychological blow suffered was not an externally originating cause of the dissociative state. The acquittal at trial on a companion charge of possession of a rock for the purpose of wounding was upheld.

Mr. Justice Martin delivered a lengthy judgment on behalf of the Court of Appeal. He held that disease of the mind is a legal term, having both medical, and legal or policy, components. The

«risque de rechute», et le Dr Rowsell n'a pas indiqué que, selon lui, ces actes pouvaient encore se reproduire.

Le juge conclut en ces termes:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que Rabey n'était pas aliéné au sens de l'article 16 du Code criminel lorsqu'il a accompli ces actes. J'ai réellement des doutes, que je crois raisonnables, sur la question de savoir si l'accusé a agi dans un état d'automatisme, de sorte que les actes n'étaient pas volontaires et de fait n'étaient pas les siens, ou s'il avait l'intention d'accomplir ces actes. Par conséquent, je dois donner le bénéfice du doute à l'accusé, car j'estime bien fondée la conclusion que l'on peut raisonnablement tirer que l'accusé a agi dans un état d'automatisme provoqué par une cause externe.

En acquittant l'appelant, le juge est parvenu à deux conclusions importantes: premièrement, qu'au moment de la perpétration des actes, l'appelant n'était pas un aliéné au sens de l'art. 16 du *Code criminel* et, deuxièmement, que l'appelant avait agi dans un état d'automatisme provoqué par une cause externe.

Il importe de noter que le ministère public n'a pas contesté la conclusion d'automatisme devant cette Cour ni devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il faut donc accepter aux fins de ce pourvoi que les actes auxquels j'ai fait référence ont été accomplis involontairement, sans but ni intention raisonnée de la part de l'appelant. La seule question à trancher est de savoir si, ayant conclu à l'automatisme, le juge du procès devait, en droit, conclure que l'appelant pouvait être légitimement détenu pendant une période indéfinie en tant qu'aliéné.

La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé l'acquittement de l'appelant sur l'accusation d'avoir causé des lésions corporelles et a ordonné un nouveau procès sur ce chef. Elle a conclu que le choc psychologique subi par l'appelant ne constituait pas une cause d'origine externe de l'état de dissociation. L'acquittement au procès sur l'accusation complémentaire de possession d'une roche en vue de blesser a été confirmé.

Le juge Martin a prononcé un jugement exhaustif au nom de la Cour d'appel. Il a conclu que maladie mentale est une expression juridique qui recouvre à la fois une réalité médicale et sociale et

policy component must compromise exemption from responsibility with the need to protect the public. Ultimately the issue as to what constitutes a disease of the mind is a legal one; the concept is broad, embracing mental disorders of organic and functional origin, whether curable or incurable, temporary or not, recurring or non-recurring. With respect, I agree with these views, which were confirmed, at least in part, by this Court in *Cooper v. The Queen*[8].

Mr. Justice Martin went on to hold, however, that the likelihood of recurrence is not a factor to be taken into account. In this respect, he differed from Lord Denning in *Bratty v Attorney-General for Northern Ireland*[9]. Mr. Justice Martin noted that it would be unreasonable to hold that a serious mental disorder did not consitute a disease of the mind simply because it was unlikely to recur. I agree. A test of proneness to recur does not entail the converse conclusion, that if the mental malady is not prone to recur it cannot be a disease of the mind. A condition, organic in nature, which causes an isolated act of unconscious violence could well be regarded as a case of temporary insanity. I question, however, whether Lord Denning intended to exclude temporary insanity as a disease of the mind. The phrase "prone to recur" is, I should have thought, merely another manner of connoting a need for treatment which is, after all, one of the principal reasons for confinement of the mentally ill offender.

The learned Justice of Appeal held that transient mental states produced by external causes (*i.e.*, drugs, concussion) are not diseases of the mind. This is accepted legal doctrine. He held also that the distinction between insanity and automatism rests upon determining whether the cause of the malfunction is internal to an accused or is produced by an external factor. As to this, there may be more doubt. Mr. Justice Martin said:

[8] [1980] 1 S.C.R. 1149.
[9] [1963] A.C. 386.

juridique. Ce dernier élément doit faire un compromis entre l'exonération de responsabilité et la nécessité de protéger le public. En dernier ressort, la question de savoir ce qui constitue une maladie mentale en est une de droit. Le concept est vaste: il englobe des troubles mentaux d'origine organique et fonctionnelle, guérissables ou non, temporaires ou non, susceptibles de se répéter ou non. Avec égards, je suis d'accord avec ce point de vue que cette Cour a confirmé, du moins en partie, dans l'arrêt *Cooper c. La Reine*[8].

Le juge Martin ajoute toutefois que la probabilité de rechute n'est pas un facteur dont il faut tenir compte. A cet égard, il est en désaccord avec lord Denning dans l'arrêt *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*[9]. Le juge Martin fait remarquer qu'il ne serait pas raisonnable de conclure qu'un trouble mental grave ne constitue pas une maladie mentale simplement parce qu'il n'y a pas risque de rechute. Je partage son opinion. Le critère du risque de rechute n'entraîne pas la conclusion inverse, à savoir que si le trouble mental ne risque pas de se reproduire, alors il ne peut s'agir d'une maladie mentale. Un état de nature organique qui provoque un acte isolé se traduisant par une violence inconsciente peut très bien être considéré comme un cas d'aliénation mentale temporaire. Je doute toutefois que lord Denning ait voulu exclure l'aliénation mentale temporaire de la maladie mentale. A mon sens, l'expression «risque de rechute» est simplement une autre façon d'exprimer la nécessité de subir un traitement, qui, après tout, est l'une des raisons princaples de la détention d'un contrevenant qui souffre d'une maladie mentale.

Le savant juge de la Cour d'appel a conclu que les troubles mentaux momentanés provenant de causes externes (c.-à-d. drogues, commotion) ne sont pas des maladies mentales. Cette conclusion est conforme à la doctrine qui prévaut en droit. Il a également conclu que la distinction entre l'aliénation mentale et l'automatisme est subordonnée à la question de savoir si la cause du trouble de fonctionnement est d'origine interne ou externe. C'est là une question à laquelle il est beaucoup plus difficile de répondre. Le juge Martin dit à ce sujet:

[8] [1980] 1 R.S.C. 1149.
[9] [1963] A.C. 386.

In general, the distinction to be drawn is between a malfunctioning of the mind arising from some cause that is primarily internal to the accused, having its source in his psychological or emotional make-up, or in some organic pathology, as opposed to a malfunctioning of the mind which is the transient effect produced by some specific external factor such, as, for example, concussion. Any malfunctioning of the mind, or mental disorder having its source in some subjective condition or weakness internal to the accused ... may be a "disease of the mind" ... but transient disturbances of consciousness due to specific external factors do not fall within the concept disease of the mind.

I will have more to say on this point as well as upon the opinion of Mr. Justice Martin that in *Parnerkar* the view of Culliton C.J.S. was not dependent on the evidence of the medical witness; rather, the dissociated state, as induced by the psychological blow, was a pathological condition.

It was the further view of Mr. Justice Martin that the ordinary stresses and disappointments of life which are the common lot of mankind do not constitute an external cause; the emotional stress suffered by the appellant could not be said to be an external factor producing automatism within the authorities; the source of the dissociative state was the appellant's psychological or emotional make-up.

Mr. Justice Martin considered it "unthinkable" that a person found not guilty on account of insanity because of a transient mental disorder constituting a disease of the mind, who was not dangerous and who required no further treatment, would continue to be confined.

IV

I turn now to the authorities, with the threshold observation that none of them is binding upon this Court or particularly helpful in the resolution of this case.

The English decisions provide some guidance as to the general principles though none of them deals directly with the plea of automatism in the context of psychological blow. Canadian decisions on automatism have tended to be erratic. In one or

[TRADUCTION] De façon générale, on fait une distinction entre le déséquilibre mental découlant d'une cause essentiellement interne, dont l'origine tient à la constitution psychologique ou émotionnelle de l'accusé, ou à une maladie organique, et le déséquilibre mental momentané provoqué par un facteur spécifiquement externe, par exemple, une commotion cérébrale. Tout déséquilibre ou trouble mental résultant d'un état ou d'une faiblesse subjective propre à l'accusé ... peut constituer une «maladie mentale» ... Par ailleurs, des troubles momentanés de la conscience dus à des facteurs externes spécifiques ne relèvent pas du concept de la maladie mentale.

J'aurai d'autres commentaires à faire à ce sujet de même que sur l'opinion du juge Martin que, dans l'arrêt *Parnerkar*, le point de vue du juge en chef Culliton n'était pas tributaire du témoignage du médecin mais que l'état de dissociation, provoqué par le choc psychologique, relevait de la pathologie.

Le juge Martin estime également que le stress et les contrariétés courantes de la vie qui sont le lot commun de l'humanité ne constituent pas une cause externe; que le stress émotionnel dont a souffert l'appelant ne peut être considéré comme un facteur externe provoquant un automatisme au sens de la jurisprudence; et que l'état de dissociation provient de la constitution psychologique ou émotionnelle de l'appelant.

De l'avis du juge Martin, il est «impensable» qu'on laisse en détention une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale due à un trouble mental momentané qui constitue une maladie mentale, alors que cette personne n'est pas dangereuse et n'a pas à subir d'autres traitement.

IV

Je vais maintenant examiner la jurisprudence en soulignant au départ que cette Cour n'est liée par aucune des décisions qui seront citées et qu'aucune n'est particulièrement utile pour résoudre le litige en l'espèce.

Les décisions des tribunaux anglais offrent quelques indications quant aux principes généraux, mais il reste qu'aucune ne traite directement du plaidoyer d'automatisme dans le contexte d'un choc psychologique. Les décisions des tribunaux

two of the cases, the Courts have permitted the defence on the strength of a psychological blow in circumstances which suggest the presence of a pathological condition or disease of the mind.

The defence of automatism was first successfully raised in *R. v. Charlson*[10], in which Barry J. instructed the jury in these broad terms:

> If he did not know what he was doing, if his actions were purely automatic and his mind had no control over the movement of his limbs, if he was in the same position as a person in an epileptic fit and no responsibility rests on him at all, then the proper verdict is "not guilty". (at p. 864)

The decision introduced a defence of automatism based on involuntary conduct and made it clear that it was possible to prove involuntariness through mental disorder not amounting to a disease of the mind.

In the later decision of *R. v. Kemp, supra*, in which the accused suffered from the organic disease of arteriosclerosis, Devlin J. did not accept the distinction between diseases affecting the mind, according to origins, mental or physical; the concern of the law is with the mental condition which brought about the criminal act. The critical passage of the judgment is at p. 253:

> In my judgment the condition of the brain is irrelevant and so is the question of whether the condition of the mind is curable or incurable, or whether it is temporary or permanent. There is no warranty for introducing those considerations into the definition of the M'Naghten rules. Either temporary or permanent insanity is sufficient to satisfy them.

Devlin J. also spoke of the purpose of a qualified verdict of guilty but insane (at p. 251):

> The object of the Act, no doubt, was that people who committed crimes of violence, even though they were not responsible for their actions, ought not to be allowed to go free because they might commit an act of violence again . . .

[10] [1955] 1 All E.R. 859.

canadiens sur la question de l'automatisme sont loin d'être uniformes. Dans une décision ou deux, les tribunaux ont fait droit à la défense fondée sur la violence d'un choc psychologique dans des circonstances laissant entrevoir un état pathologique ou une maladie mentale.

L'automatisme comme moyen de défense a été retenu pour la première fois dans *R. v. Charlson*[10], où le juge Barry a donné en termes larges les directives suivantes au jury:

> [TRADUCTION] S'il ne savait pas ce qu'il faisait, si ses actes étaient purement automatiques, si son esprit n'agissait pas sur ses membres, s'il était dans un état comparable à celui d'une personne souffrant d'une crise d'épilepsie et si absolument aucune responsabilité ne lui incombe, alors le verdict approprié est celui de «non coupable». (à la p. 864)

Cette décision ouvre la porte à une défense d'automatisme fondée sur une conduite involontaire et indique clairement qu'il est possible de prouver absence de volonté pour cause de trouble mental n'équivalant pas à une maladie mentale.

Dans un jugement plus récent, *R. v. Kemp*, précité, l'accusé souffrait d'une maladie organique, savoir d'artériosclérose. Le juge Devlin n'a pas accepté de faire la distinction entre les affections de l'esprit suivant leur origine mentale ou physique; à son avis, le droit ne s'attache qu'à l'état mental à l'origine de l'acte criminel. Le passage important de ce jugement se trouve à la p. 253:

> [TRADUCTION] A mon avis, la question de l'état du cerveau n'est pas pertinente, pas plus que ne l'est celle de savoir si l'état mental est guérissable ou non, ou s'il est temporaire ou permanent. Rien ne justifie l'introduction de ces considérations dans la définition des règles de M'Naghten. Il suffit que l'aliénation mentale soit temporaire ou permenante pour y satisfaire.

Le juge Devlin a également parlé de l'objet d'un verdict de culpabilité restrictif pour cause d'aliénation mentale (à la p. 251):

> [TRADUCTION] L'objet de la Loi est sans aucun doute d'empêcher la remise en liberté de personnes qui ont commis des crimes de violence mais qui ne sont pas responsables de leurs actes, pour le motif qu'elles risquent de perpétrer d'autres actes de violence . . .

[10] [1955] 1 All E.R. 859.

Although Kemp claimed an outright acquittal on the basis of *Charlson's* case, Devlin J. instructed only on insanity. It is important to note, however, that far from doubting the correctness of *Charlson's* case, Devlin J. pointed out that if the accused was otherwise sane at the time of the act, but was then not conscious of his acts, he was entitled to an unqualified acquittal.

Hill v. Baxter[11] is the first of a series of driving cases. Here, although the accused claimed to have suffered a "black-out" while driving, there was no medical evidence to support his plea of automatism. The notion of automatism discussed in the several judgments was limited in scope. Apart from the possibility of a stroke or epileptic fit, Lord Goddard spoke in terms of *novus actus interveniens*.

The reasons of Devlin J. are more interesting, bearing in mind his earlier pronouncement in *Kemp*. At p. 285, he stated:

> For the purposes of the criminal law there are two categories of mental irresponsibility, one where the disorder is due to disease and the other where it is not. The distinction is not an arbitrary one. If disease is not the cause, if there is some temporary loss of consciousness arising accidentally, it is reasonable to hope that it will not be repeated and that it is safe to let an acquitted man go entirely free. But if disease is present, the same thing may happen again, and therefore, since 1800 (*i.e., Criminal Lunatics Act*), the law has provided that persons acquitted on this ground should be subject to restraint.

Kemp was not considered in *Baxter*.

The decision in *Bratty v. Attorney-General, supra*, is important, as a pronouncement by the House of Lords recognizing automatism and distinguishing it from insanity. The facts are familiar. The appellant had killed a young girl and shortly thereafter stated to police, "I had some terrible feeling and then a sort of blackness". On evidence of a condition of psychomotor epilepsy, the defence

[11] [1958] 1 Q.B. 277.

Bien que Kemp ait demandé un acquittement absolu en se fondant sur *Charlson*, les directives données au jury par le juge Devlin ne portaient que sur l'aliénation mentale. Il importe de souligner toutefois que loin de mettre en doute le bien-fondé de *Charlson*, le juge Devlin a fait remarquer que si l'accusé était par ailleurs sain d'esprit à l'époque de la perpétration de l'acte, mais qu'il n'était pas conscient de ses actes à ce moment-là, il avait le droit d'être acquitté sans réserve.

L'arrêt *Hill v. Baxter*[11] est le premier d'une série de décisions relatives à la conduite de véhicules automobiles. Bien que l'accusé y alléguât avoir souffert d'une «période d'inconscience» alors qu'il conduisait, aucune preuve médicale ne fondait son plaidoyer d'automatisme. La notion d'automatisme examinée dans plusieurs des décisions citées avait une portée limitée. Indépendamment de la possibilité d'une attaque ou d'une crise d'épilepsie, lord Goddard a parlé en termes de *novus actus interveniens*.

Les motifs du juge Devlin ont d'autant plus d'intérêt compte tenu de ses motifs antérieurs dans *Kemp*. Il dit à la p. 285:

> [TRADUCTION] On distingue aux fins du droit pénal deux catégories d'irresponsabilité mentale, celle où les troubles mentaux sont provoqués par la maladie et celle où ils ne le sont pas. La distinction n'est pas arbitraire. Si la cause n'est pas la maladie, s'il y a accidentellement une perte temporaire de la conscience, il est raisonnable d'espérer qu'il n'y aura pas de rechute et qu'il est sans danger de remettre en liberté absolue une personne qui a été acquittée. Mais s'il y a maladie, la même chose peut encore se reproduire et c'est pourquoi depuis 1800 (c.-à-d. depuis la *Criminal Lunatics Act*), la loi prévoit la détention des personnes acquittées pour ce motif.

La décision dans *Kemp* n'a pas été examinée dans l'arrêt *Baxter*.

L'arrêt *Bratty v. Attorney-General*, précité, est important car il consacre la reconnaissance par la Chambre des lords de la défense fondée sur l'automatisme en la distinguant de l'aliénation mentale. Les faits sont connus. Peu après avoir tué une jeune fille, l'appelant a déclaré à la police [TRADUCTION] «J'ai ressenti une sensation terrible puis une sorte de noirceur». Une fois prouvée l'existence

[11] [1958] 1 Q.B. 277.

of insanity was left to the jury. The Law Lords agreed that automatism was not available as a defence in the circumstances of that case. Where disease of the mind is the only explanation of the unconscious acts, automatism is not a defence alternative to insanity.

Viscount Kilmuir recognized, however, that in some circumstances, the two defences can be raised simultaneously. Where the loss of conscious control can have arisen from disease or from another cause not indicative of disease, whether it is insanity or automatism which ultimately excuses is a question of fact:

> . . . it may be alleged that the accused had a blow on the head, after which he acted without being conscious of what he was doing or was a sleep-walker. There might be a divergence of view as to whether there was a defect of reason from disease of the mind (compare the curious position which arose in *R. v. Kemp*). The jury might not accept the evidence of a defect of reason from disease of the mind, but at the same time accept the evidence that the prisoner did not know what he was doing. (at p. 403)

Though not a majority opinion, the judgment of Lord Denning has attracted attention. He spoke generally of automatism. While he referred specifically to concussion and somnambulism as examples, his definition does not attempt an exhaustive list of causes, and frames the defence for all involuntary acts:

> No act is punishable if it is done involuntarily: and an involuntary act in this context—some people nowadays prefer to speak of it as "automatism"—means an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act done whilst suffering from concussion or whilst sleep-walking.
>
> . . .
>
> Loss of memory afterwards is never a defence in itself, so long as he was conscious at the time . . . (at p. 409)

d'un état d'épilepsie psychomotrice, le jury a eu à apprécier la défense fondée sur l'aliénation mentale. Les lords juges ont convenu que la défense d'automatisme ne pouvait être invoquée dans les circonstances de l'espèce. Lorsque la maladie mentale est la seule explication des actes inconscients, on ne peut invoquer l'automatisme à titre de moyen de défense subsidiaire.

Le vicomte Kilmuir a toutefois reconnu qu'en certaines circonstances les deux moyens de défense peuvent être soulevés simultanément. Lorsque la perte de la conscience découle d'une maladie ou d'une autre cause n'indiquant pas de maladie, la question de savoir si c'est l'aliénation mentale ou l'automatisme qui sert d'excuse en définitive est une question de fait:

> [TRADUCTION] . . . on peut alléguer que l'accusé a reçu un coup à la tête après quoi il a agi sans être conscient de ce qu'il faisait ou comme un somnambule. Il peut y avoir des divergences d'opinions sur la question de savoir s'il y a eu une défaillance de la raison découlant d'une maladie mentale (à comparer avec la situation curieuse dans l'affaire *R. v. Kemp*). Il se peut que le jury rejette la preuve d'une défaillance mentale découlant d'une maladie mentale tout en accueillant la preuve selon laquelle le prisonnier ne savait pas ce qu'il faisait. (à la p. 403)

Sans rallier la majorité, les motifs de lord Denning ont retenu l'attention. Il a parlé en termes généraux de l'automatisme. Bien qu'il mentionne spécifiquement la commotion et le somnambulisme à titre d'exemples, sa définition ne tente pas de donner une liste exhaustive des causes d'automatisme et formule comme suit la défense applicable à tous les actes involontaires:

> [TRADUCTION] Aucun acte n'est punissable s'il est accompli indépendamment de la volonté: dans ce contexte, l'expression acte involontaire—on préfère aujourd'hui parler d'«automatisme»—désigne une activité musculaire qui échappe au contrôle de l'esprit, tel un spasme, un réflexe ou une convulsion: ou un acte accompli par une personne qui n'a pas conscience de ce qu'elle fait, tel un acte accompli alors qu'elle souffre d'une commotion ou qu'elle est dans un état de somnambulisme.
>
> . . .
>
> La perte de mémoire après coup ne constitue jamais un moyen de défense en soi dans la mesure où la personne était consciente sur le coup . . . (à la p. 409)

Not every involuntary act leads to an absolute acquittal. A finding of insanity follows where there exists the prospect of recurrence:

> Suppose a crime is committed by a man in a state of automatism or clouded consciousness due to a recurrent disease of the mind. Such an act is no doubt involuntary, but it does not give rise to an unqualified acquittal, for that would mean he would be let at large to do it again. The only proper verdict is one which ensures that the person who suffers from the disease is kept secure in a hospital so as not to be a danger to himself or others. (at p. 410)

Lord Denning expressed disagreement with the decision in *Charlson's* case and proposed this test:

> It seems to me that any mental disorder which has manifested itself in violence and is prone to recur is a disease of the mind. (at p. 412)

In another leading case, *R. v. Carter*[12], a defence based on post-traumatic automatism was raised. Sholl J. regarded the practice instituted by the English *Lunatics Acts* (1800 and 1883) as being "designed to protect the public from possible attacks by persons acquitted on the ground of mental irresponsibility which might recur" (at p. 109). In his opinion, in view of the increase in medical knowledge in the intervening century and a half, "it would be unwise to extend the practice with which the M'Naghten Rules are associated to cases where there is no reason to apprehend any similar danger to the public" (at p. 109). It is outside the policy of the law to extend the practice where there is no reason to fear repetition of the crime and no evidence of brain damage or disease. He would not stretch the concept of disease of the mind to the length of Devlin J. in *Kemp* and Dixon J. in *R. v. Porter*[13].

There is a series of lesser English and Australian cases dealing with automatism. *R. v. Wakefield*[14] is concerned with the plea in circumstances of a

[12] [1959] V.R. 105.
[13] (1933), 55 C.L.R. 182.
[14] (1957), 75 W.N. (N.S.W.) 66.

Tous les actes involontaires n'entraînent pas un acquittement absolu. Lorsqu'il y a un risque de rechute, on doit conclure à l'aliénation mentale:

> [TRADUCTION] Supposons qu'un homme commette un crime alors qu'il est dans un état d'automatisme ou que sa conscience est troublée à cause d'un nouvel accès de maladie mentale. Il ne fait aucun doute que cet acte est involontaire, mais il reste qu'il ne peut donner lieu à un acquittement sans réserve car cela signifirait le laisser en liberté et lui permettre de recommencer. Le seul verdict valable est celui qui garantit la détention, dans un hôpital, de la personne qui souffre de la maladie afin qu'elle soit protégée dans son intérêt et dans celui des autres. (à la p. 410)

Lord Denning est en désaccord avec le jugement dans l'affaire *Charlson* et propose le critère suivant:

> [TRADUCTION] Il me semble que tout trouble mental qui se traduit par la violence et qui risque de se répéter constitue une maladie mentale. (à la p. 412)

Dans *R. v. Carter*[12], une autre décision qui fait jurisprudence, on a soulevé une défense fondée sur l'automatisme post-traumatique. Selon le juge Sholl, la pratique établie par les *Lunatics Acts* (1800 et 1883) britanniques visait [TRADUCTION] «à protéger le public contre des personnes qui, acquittées pour le motif d'irresponsabilité mentale, risquent de se livrer à de nouvelles agressions» (à la p. 109). A son avis, compte tenu de l'évolution des connaissances médicales au cours du dernier siècle et demi, [TRADUCTION] «il serait imprudent d'étendre la pratique à laquelle sont associées les règles de M'Naghten à des cas où il n'y a pas de raison de craindre un danger semblable pour le public» (à la p. 109). Il est contraire à l'économie de la loi d'étendre la pratique en l'absence de motifs qui font craindre la répétition de l'acte criminel, et d'une preuve établissant l'existence d'une maladie mentale ou de dommages cérébaux. Le juge a refusé d'accorder au concept de maladie mentale l'étendue que le juge Devlin dans *Kemp* et le juge Dixon dans *R. v. Porter*[13] lui ont accordée.

Une série de décisions anglaises et australiennes moins importantes traitent de l'automatisme. *R. v. Wakefield*[14] porte sur ce plaidoyer dans le cas d'un

[12] [1959] V.R. 105.
[13] (1933), 55 C.L.R. 182.
[14] (1957), 75 W.N. (N.S.W) 66.

physical blow. In *Cooper v. McKenna*[15], the accused had suffered a concussion from a severe blow on the head incurred a few hours previously in a football match. Though the defence was given effect on the basis the accused had not acted consciously, Stable J. commented at p. 419:

> ... It is a defence that must be closely scrutinized. It is common knowledge that "black-out", to use one of the titles, is one of the first refuges of a guilty conscience, and a popular excuse.

See also *Armstrong v. Clark*[16] (insulin); *Watmore v. Jenkins*[17] (insulin); *R. v. Sibbles*[18] (high blood pressure, beer and a minor blow).

In a more recent judgment, *R. v. Quick, R. v. Paddison*[19], the English Court of Appeal held that hypoglycaemia, a condition in which there is an excess of insulin in the bloodstream relative to the concentration of sugar, was not a disease of the mind.

Lawton L.J. proposed these guidelines, somewhat narrower than the formulation of Devlin J. in *Kemp* (at pp. 734-5):

> In our judgment, the fundamental concept is of a malfunctioning of the mind caused by disease. A malfunctioning of the mind of transitory effect caused by the application to the body of some external factor such as violence, drugs, including anaesthetics, alcohol and hypnotic influences cannot fairly be said to be due to disease. Such malfunctioning ... will not always relieve an accused from criminal responsibility. A self-induced incapacity will not excuse ... nor will one which could have been reasonably foreseen ... From time to time difficult border line cases are likely to arise. When they do, the test suggested by the New Zealand Court of Appeal in *Cottle, supra*, is likely to give the correct result, *viz.* can this mental condition be fairly regarded as amounting to or producing a defect of reason from disease of the mind?

[15] [1960] Queensland L.R. 406.
[16] [1957] 2 Q.B. 391.
[17] [1962] 2 All E.R. 868.
[18] [1959] Crim. L.R. 660.
[19] (1973), 57 Cr. App. R. 722.

choc physique. Dans l'affaire *Cooper v. McKenna*[15], l'accusé avait été victime d'une commotion par suite d'un gros coup à la tête subi quelques heures auparavant au cours d'un match de football. Bien que le tribunal ait fait droit au moyen de défense parce que l'accusé n'avait pas agi de façon consciente, le juge Stable fait la remarque suivante à la p. 419:

> [TRADUCTION] ... C'est une défense qui doit être examinée minutieusement. Il est reconnu que le «passage inconscient», pour employer cette expression, est l'un des premiers refuges d'une conscience coupable et constitue une excuse répandue.

Voir également *Armstrong v. Clark*[16] (insuline); *Watmore v. Jenkins*[17] (insuline); *R. v. Sibbles*[18] (hypertension, bière et choc léger).

Dans un arrêt plus récent, *R. v. Quick, R. v. Paddison*[19], la Cour d'appel d'Angleterre a conclu que l'hypoglycémie, soit un excédent d'insuline dans le sang par rapport au taux de sucre, n'est pas une maladie mentale.

Les critères proposés par le lord juge Lawton sont un peu plus restrictifs que ceux formulés par le juge Devlin dans *Kemp* (aux pp. 734 et 735).

> [TRADUCTION] Selon nous, le concept fondamental est celui d'un trouble mental causé par une maladie. On ne peut à juste titre imputer à une maladie un trouble mental transitoire causé par des facteurs externes agissant sur le corps, telles la violence physique, les drogues dont les anesthésiques, l'influence de boissons alcooliques et de l'hypnose. Un tel trouble ... n'exonérera pas toujours un accusé de sa responsabilité criminelle. Une incapacité due à son propre fait ne peut servir de justification ... il en est de même de celle qu'on aurait pu raisonnablement prévoir ... De temps à autre peuvent surgir des cas limites. Alors, le critère proposé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans l'arrêt *Cottle*, précité, est à même de donner le résultat approprié, savoir, peut-on à juste titre, considérer que cet état mental entraîne ou produit un trouble mental né d'une maladie mentale?

[15] [1960] Queensland L.R. 406.
[16] [1957] 2 Q.B. 391.
[17] [1962] 2 All E.R. 868.
[18] [1959] Crim. L.R. 660.
[19] (1973), 57 Cr. App. R. 722.

The first Canadian decision is *R. v. Kasperek*[20], a case in which the defence raised was "temporary blackout" and "amnesia". It was held the denial of insanity, with an assertion of amnesia, was untenable. This decision predates the English authorities which recognized a defence of automatism.

In *R. v. Minor*[21], a death resulted from the accused's dangerous and erratic handling of his car. The facts indicated that just prior to driving, the accused, in attendance at a wedding reception, had been struck and knocked down. According to medical evidence, he had suffered from an injury which rendered him unconscious for an unknown interval. The salient passage is at pp. 34-5:

> There is ample authority to the effect that when a person is unconscious from any cause and is in a condition when he cannot form an intent ... he had a good defence ... In my opinion the provisions with respect to insanity ... do not apply to the defence set up in this case, namely, that the accused did not know what he was doing at the time of the accident.

The decision of the Saskatchewan Appeal Court in *R. v. Hartridge*[22] provides a thorough review of the authorities dealing with automatism. The case has limited value as a precedent due to the factor of alcohol-induced amnesia. Culliton C.J.S. said, however, on behalf of the Court:

> Difficulty may arise in determining what constitutes a disease of the mind. In the application of the M'Naghten rules, disease of the mind has generally been accepted as any pathological condition, organic or otherwise, which effectively prevents an accused from knowing the nature and quality of his acts. This I take to have been the definition adopted by all of the Law Lords except Lord Denning. (at p. 351)

Pathology is that branch of medicine which treats of the essential nature of disease, especially of the structural and functional changes in tissues and organs of the body which cause or are caused by disease. The definition of disease of the mind in

[20] (1951), 101 C.C.C. 375
[21] (1955), 112 C.C.C. 29 (Sask. C.A.).
[22] (1966), 57 D.L.R. (2d) 332.

La première décision canadienne à cet égard est *R. v. Kasperek*[20]. Dans cette affaire, la défense avait invoqué le «passage inconscient temporaire» et l'«amnésie». La Cour a jugé que le refus d'admettre l'aliénation mentale tout en plaidant l'amnésie ne pouvait tenir. Cette décision précède les arrêts anglais qui ont admis la défense d'automatisme.

Dans *R. v. Minor*[21], l'accusé avait tué quelqu'un alors qu'il conduisait sa voiture de façon dangereuse et désordonnée. Les faits démontrent qu'immédiatement avant de prendre le volant, l'accusé, qui assistait à une réception de mariage, avait été frappé et projeté par terre. Selon la preuve médicale, l'accusé a subi une blessure qui l'a rendu inconscient pendant une période indéterminée. Le passage important se trouve aux pp. 34 et 35:

> [TRADUCTION] Une jurisprudence solide consacre le principe que lorsqu'une personne est dans un état d'inconscience, quelle qu'en soit la cause, et qu'elle ne peut donc pas former d'intention ... elle a un bon moyen de défense ... A mon avis, les dispositions relatives à l'aliénation mentale ... ne s'appliquent pas au moyen de défense soulevé en l'espèce, savoir, que l'accusé ne savait pas ce qu'il faisait au moment de l'accident.

L'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, *R. v. Hartridge*[22], fournit une étude exhaustive de la jurisprudence en matière d'automatisme. La valeur jurisprudentielle de cet arrêt est toutefois limitée car l'amnésie était due à l'absorption d'alcool. Le juge Culliton, juge en chef de la Saskatchewan, a cependant dit au nom de la Cour:

> [TRADUCTION] La question de savoir ce qui constitue une maladie mentale peut soulever des difficultés. Au sens des règles de M'Naghten, il est généralement admis que la maladie mentale désigne tout état pathologique, organique ou autre, qui empêche réellement un accusé de connaître la nature et la qualité de ses actes. C'est là, si je comprends bien, la définition adoptée par tous les lords juges à l'exception de lord Denning. (à la p. 351)

La pathologie est ce domaine de la médecine qui traite de la nature essentielle des maladies, plus spécialement des modifications structurelles et fonctionnelles des tissus et des organes du corps, qui sont à l'origine des maladies ou qui sont provo-

[20] (1951), 101 C.C.C. 375.
[21] (1955), 112 C.C.C. 29 (C.A. Sask.).
[22] (1966), 57 D.L.R. (2d) 332.

Hartridge simply brings us back to the question of "disease", which, upon the medical evidence, was noticeably absent in the case of the present appellant. A like emphasis upon "disease" is to be noted in *R. v. Quick, R. v. Paddison, supra*, where, at p. 734, Lawton L.J. delivering the judgment of the Court said:

> Our task has been to decide what the law means now by the words "disease of the mind". In our judgment, the fundamental concept is of a malfunctioning of the mind caused by disease.

The jury charge in *R. v. K., supra*, as far as I am aware, contains the first plea of psychological blow automatism in this country. Both insanity and automatism were before the jury. In view of the uncontradicted evidence of an underlying pathological condition and a course of psychiatric treatment prior to the killing, one may seriously query whether the trial judge correctly left the alternative defence of automatism with the jury. In the event, the defence gained the accused an acquittal.

A plea of automatism raised at trial was sustained before this Court in *Bleta v. The Queen*[23], a case in which the Court was concerned, however, with an evidentiary matter. In the course of an affray between the appellant and the deceased, the former was knocked onto the pavement, whereupon he forcibly struck his head. Moments later, he got up and delivered a fatal blow. Witnesses testified that after the fall, the appellant was dazed. On medical evidence that the physical blow deprived him of voluntary control of his actions, the appellant was acquitted at trial. With no discussion as to the availability of the defence of automatism, which appears not to have been in issue in this Court, the acquittal was restored.

Parnerkar v. The Queen, supra, is perhaps the case most directly in point in the resolution of the present appeal. The trial judge and appellate court

[23] [1964] S.C.R. 561.

quées par la maladie. La définition de l'expression maladie mentale donnée dans l'arrêt *Hartridge* nous ramène simplement à la question de la «maladie», qui, vu la preuve médicale, est visiblement absente dans le cas du présent appelant. L'arrêt *R. v. Quick, R. v. Paddison*, précité, met l'accent de la même manière sur le terme «maladie». Le lord juge Lawton, rendant le jugement de la Cour, dit à la p. 734:

> [TRADUCTION] Notre tâche est de statuer sur ce que la loi veut maintenant dire par l'expression «maladie mentale». A notre avis, il s'agit fondamentalement d'un déséquilibre de l'esprit provoqué par la maladie.

Pour autant que je sache, c'est dans les directives au jury dans l'affaire *R. v. K.*, précitée, que l'on trouve pour la première fois dans ce pays le plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. Le jury était saisi à la fois de la défense d'aliénation mentale et de celle d'automatisme. Compte tenu de la preuve non réfutée d'un état pathologique sous-jacent et d'une série de traitements psychiatriques postérieurs au meurtre, on peut sérieusement se demander si le juge du procès a eu raison de soumettre au jury la défense subsidiaire d'automatisme. Quoi qu'il en soit, la défense a emporté l'acquittement de l'accusé.

Dans *Bleta c. La Reine*[23], un plaidoyer d'automatisme présenté au procès a été repris devant cette Cour, qui devait cependant trancher une question relative à la preuve. Au cours d'une rixe entre l'appelant et le défunt, l'appelant a été projeté sur la chaussée, où il s'est violemment heurté la tête. Il s'est relevé quelques instants plus tard et a asséné à la victime un coup fatal. Selon des témoins, après sa chute, l'appelant était hébété. Il a été acquitté au procès à partir d'une preuve médicale portant que le choc physique l'avait privé de la maîtrise de ses actes. Le verdict d'acquittement a été rétabli sans qu'ait été examinée la question de la défense d'automatisme, qui n'était apparemment pas en litige devant cette Cour.

L'affaire *Parnerkar c. La Reine*, précitée, est peut-être celle qui se rapporte le plus directement à la solution du présent pourvoi. Le juge du procès

[23] [1964] R.C.S. 561.

in the case at bar disagreed in their respective interpretations of the judgment rendered by Culliton C.J.S. The case reached this Court, but the plea of non-insane automatism was not directly considered. Only Ritchie J. (in whose judgment Spence J. concurred) expressed a view on the issue of automatism. He agreed that the defence of automatism should not have been left with the jury.

The passage in the judgment of Culliton C.J.S. which has given rise to uncertainty reads:

> In my opinion, if the evidence of Dr. Benjamin is accepted, that Parnerkar was in a dissociated state at the time he killed Anna, he was, at that time, suffering from a disease of the mind within the M'Naghten rules as defined by this Court. If the acts committed by Parnerkar were unconscious acts, they depended upon a defect of reason from disease of the mind, and consequently the defence, if any, was one of insanity, and not of automatism. Therefore, in my respectful view, the learned trial judge erred in law in putting the defence of automatism to the jury. I would also point out that Dr. Benjamin stated, if Parnerkar was in a dissociated state, then during that time he was temporarily insane. (at p. 24)

It is unclear whether Culliton C.J.S., unsupported by earlier authority, made a finding that, as a matter of law, a dissociated state is a disease of the mind, or whether he merely accepted the medical opinion that, on these facts, there was a disease of the mind. In the present case Mr. Justice Martin took the former view of the meaning to be attributed to the words of Culliton C.J.S.; the trial judge took the latter view. There is little in the way of elaboration, beyond that contained in the quoted passage, on the issue of disease of the mind.

There are three or four decisions since *Parnerkar* in which automatism induced by a psychological blow has been pleaded. In *R. v. James*[24], dissociation caused by emotional stress was categorized as insanity rather than as non-insane automatism but in that case the medical evidence disclosed an underlying pathological condition of

[24] (1974), 30 C.R.N.S. 65 (Ont. S.C.).

et la Cour d'appel dans la présente affaire diffèrent dans leurs interprétations respectives du jugement du juge en chef Culliton. L'affaire est venue devant cette Cour, mais le plaidoyer d'automatisme sans aliénation mentale n'a pas été directement examiné. Seul le juge Ritchie (aux motifs duquel le juge Spence a souscrit) s'est prononcé sur la question de l'automatisme. Il était d'avis que la défense d'automatisme n'aurait pas dû être laissée à l'appréciation du jury.

Le passage du jugement du juge en chef Culliton qui a fait naître des doutes se lit comme suit:

> [TRADUCTION] A mon avis, si on accepte le témoignage du docteur Benjamin selon lequel Parnerkar était dans un état de dissociation au moment où il a tué Anna, il souffrait alors d'une maladie mentale au sens des règles de M'Naghten, tel que défini par cette cour. Si les actes commis par Parnerkar étaient des actes inconscients, cela dépendait d'une défaillance de la raison résultant d'une maladie mentale, et par conséquent, l'excuse, si excuse il y avait, était une excuse d'aliénation et non d'automatisme. Donc, soit dit avec respect, je suis d'avis que le savant juge de première instance a fait une erreur de droit en présentant l'excuse d'automatisme au jury. Je signale aussi que le docteur Benjamin a déclaré que si Parnerkar était dans un état de dissociation, il était alors temporairement aliéné au cours de cette période. (à la p. 24)

Il est difficile de dire si le juge en chef Culliton, sans l'appui d'une jurisprudence antérieure, a conclu qu'en droit, un état de dissociation constitue une maladie mentale ou s'il a simplement accepté l'opinion médicale qu'à partir des faits établis, il y avait une maladie mentale. En l'espèce, le juge Martin a opté pour la première interprétation des propos du juge en chef Culliton; le juge du procès a opté pour la seconde. La question de la maladie n'a pas fait l'objet d'une analyse plus poussée que ce que renferme le passage précité.

Il existe trois ou quatre décisions depuis l'arrêt *Parnerkar* où l'on a plaidé l'automatisme provoqué par un choc psychologique. Dans *R. v. James*[24], un état de dissociation provoqué par un stress émotionnel a été considéré comme un cas d'aliénation mentale plutôt que d'automatisme sans aliénation mentale; il faut toutefois noter dans cette affaire

[24] (1974), 30 C.R.N.S. 65 (C.S. Ont.).

psychotic proportion. In *R. v. Cullum*[25], Zalev Co. Ct. J. acquitted an accused who was in a dissociated state due to situational emotional stress. In *Cullum*, there was evidence that the factors inducing the dissociative state were "alcohol and the girls"; there was also evidence of a predisposition to dissociate; recurrence could not be ruled out. See also *R. v. Cusack*[26], in which the Prince Edward Island Supreme Court on appeal dismissed a Crown appeal from an acquittal by a jury on a charge of attempted murder. The sole defence was one of non-insane automatism. There was considerable evidence that the accused was not in conscious control of his actions.

Another case to which one might refer is *R. v. Sproule*[27], decided by the Ontario Court of Appeal differently constituted than in the case at bar. In that case, the accused had an argument with a girl who had earlier informed him her interest was on the wane. A discussion between the two rapidly escalated into an argument during which the girl was shot. The judgment of the Court was delivered by Kelly J.A. who stated that the defence sought to tender evidence to prove that Sproule, at the time of the shooting, had been acting in a state of automatism. Mr. Justice Kelly then continued:

> Such a condition, the state of automatism, is a demonstration of a malfunction of the mind technically described as dissociation. That malfunction may be non-recurring, brought about by an externally originated cause, examples of which are a blow on the head (*Regina v. Bleta*, [1964] 1 O.R. 485, 41 C.R. 377, [1964] 2 C.C.C. 190, reversed [1964] S.C.R. 561, 44 C.R. 193, [1965] 1 C.C.C. 1, 48 D.L.R. (2d) 139) or hypoglycemia (*Regina v. Paddison*, [1973] Q.B. 910, 57 Cr. App. R. 722, [1973] 3 All E.R. 347 at 356). That type of malfunction is not a disease of the mind within the M'Naghten rule and (save when self-induced) is capable of being a defence which would entitle a jury to bring in a verdict of acquittal. (at p. 64)

[25] (1973), 14 C.C.C. (2d) 294 (Ont. Co. Ct.).
[26] [1971] 1 Nfld. & P.E.I.R. 496.
[27] (1975), 30 C.R.N.S. 56.

que la preuve médicale a démontré un état pathologique sous-jacent de caractère psychotique. Dans *R. v. Cullum*[25], le juge Zalev a acquitté un accusé qui se trouvait dans un état de dissociation causé par un stress émotionnel dû aux circonstances. Dans cette affaire-là, la preuve a démontré que les facteurs à l'origine de l'état de dissociation étaient [TRADUCTION] «l'alcool et les femmes»; la preuve démontrait également une prédisposition à la dissociation; la possibilité d'une rechute ne pouvait être éliminée. Voir également *R. v. Cusack*[26], où la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a rejeté l'appel formé par le ministère public d'un verdict d'acquittement prononcé par un jury sur une accusation de tentative de meurtre. La seule défense était celle de l'automatisme sans aliénation mentale. La preuve démontrait amplement que l'accusé n'avait pas la maîtrise consciente de ses actes.

On peut également mentionner l'arrêt *R. v. Sproule*[27], rendu par la Cour d'appel de l'Ontario constitué différemment qu'elle l'était en l'espèce. Dans cette affaire, l'accusé s'était disputé avec une jeune fille qui l'avait auparavant informé de son désintérêt croissant à son égard. La discussion qui s'était engagée entre eux a rapidement dégénéré en une dispute au cours de laquelle la jeune fille a été tuée d'un coup de feu. L'arrêt de la Cour a été prononcé par le juge Kelly. Selon lui, la défense a cherché à prouver qu'au moment du meurtre, Sproule agissait dans un état d'automatisme. Puis, le juge Kelly a ajouté:

> [TRADUCTION] Un tel état, à savoir l'état d'automatisme, traduit un déséquilibre mental connu en termes techniques sous le nom de dissociation. Ce déséquilibre peut ne pas se répéter, et être provoqué par une cause d'origine externe: par exemple, un coup à la tête (*Regina c. Bleta*, [1964) 1 O.R. 485, 41 C.R. 377, [1964] 2 C.C.C. 190, infirmé par [1964] R.C.S. 561, 44 C.R. 193, [1965] 1 C.C.C. 1, 48 D.L.R. (2d) 139) ou un cas d'hypoglycémie (*Regina v. Paddison*, [1973] Q.B. 910, 57 Cr. App. R. 722, [1973] 3 All E.R. 347 à la p. 356). Ce genre de déséquilibre ne constitue pas une maladie mentale au sens des règles de M'Naghten et peut constituer (dans la mesure où il n'est pas dû au fait de l'accusé) une défense qui permettrait à un jury de prononcer un verdict d'acquittement. (à la p. 64)

[25] (1973), 14 C.C.C. (2d) 294 (Cour de comté, Ont.).
[26] [1971] 1 Nfld. & P.E.I.R. 496.
[27] (1975), 30 C.R.N.S. 56.

The final case I wish to note is *Cooper v. The Queen*[28] , a recent decision in which this Court considered the obligation of the trial judge to charge on insanity where the accused had a lengthy psychiatric history, but the medical evidence was that he did not suffer from disease of the mind. In the course of the judgment, the Court had occasion to make the following observations: (at p. 1158)

> Disease of the mind is a legal term. It is within the province of the judge to determine what mental conditions are within the meaning of that phrase and whether there is any evidence that an accused suffers from an abnormal mental condition comprehended by that term. More importantly, if there is any evidence the accused did suffer such a disease in legal terms, the question of fact must be left with the jury.

In the context of that case, the Court held: (at p. 1159)

> In summary, one might say that in a legal sense, "disease of the mind" embraces any illness, disorder or abnormal condition which impairs the human mind and its functioning, excluding however, self-induced states caused by alcohol or drugs, as well as transitory mental states such as hysteria or concussion.

In *Cooper* and in the case at bar, there was evidence of interruption of the thought processes in the course of committing certain acts and criminal responsibility was in issue. In *Cooper*, the question was whether the trial judge was required to charge on insanity. The inquiry in the present case goes somewhat deeper. The question here is whether the accused, having acted in a state of unconsciousness, while in a transitory mental state, must be committed to an institution.

V

This case raises interesting issues, and the judicial conclusion, in my view, should be guided by general principles of criminal responsibility. Before alluding to those principles, it is useful to recall s. 16(4) of the *Criminal Code* which reads:

[28] [1980] 1 S.C.R. 1149.

La dernière affaire que je désire mentionner est *Cooper c. La Reine*[28], un arrêt récent où cette Cour a étudié l'obligation du juge du procès de donner au jury des directives sur l'aliénation mentale vu le long passé psychiatrique de l'accusé alors que, selon la preuve médicale, ce dernier ne souffrait pas d'une maladie mentale. Dans son jugement la Cour a fait les observations suivantes: (à la p. 1158)

> Maladie mentale est une expression juridique. Il appartient au juge de déterminer quelles affections mentales relèvent de cette expression et si la preuve indique que l'accusé souffre d'un état mental anormal compris dans cette expression. Et, ce qui est encore plus important, il a jugé que si une preuve indiquait que l'accusé souffrait réellement d'une telle affection en termes juridiques, la question de fait doit être laissée à l'appréciation du jury.

La Cour a conclu dans le contexte de cette affaire: (à la p. 1159)

> En bref, on pourrait dire qu'au sens juridique, «maladie mentale» comprend toute maladie, tout trouble ou tout état anormal qui affecte la raison humaine et son fonctionnement à l'exclusion, toutefois, des états volontairement provoqués par l'alcool ou les stupéfiants, et des états mentaux transitoires comme l'hystérie ou la commotion.

Dans l'affaire *Cooper* et dans la présente affaire, des éléments de preuve démontrent une interruption du processus de la pensée au cours de la perpétration de certains actes et la question de la responsabilité criminelle est en jeu. Dans l'affaire *Cooper*, la question était de savoir si le juge du procès était tenu de donner au jury des directives sur l'aliénation mentale. En l'espèce, l'analyse va plus en profondeur. La question est de savoir si l'accusé qui a agi inconsciemment alors qu'il était dans un état mental passagé, doit être interné.

V

La présente affaire soulève des questions intéressantes et la conclusion du tribunal devrait à mon avis être guidée par les principes généraux de la responsabilité criminelle. Avant de passer à ces principes, il convient de rappeler le par. 16(4) du *Code criminel*:

[28] [1980] 1 R.S.C. 1149.

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

In the usual case in which an accused pleads insanity, he has the burden of overcoming the presumption of sanity. In the present case, the appellant is not seeking to establish that he was insane on March 1, 1974. The Crown is asserting the insanity in answer to the defence of automatism raised by the appellant. The presumption of sanity runs in the appellant's favour.

We turn to s. 16(2): a person is insane when he is in a state of natural imbecility or has a 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. The important words, for present purposes, are "disease of the mind".

The first principle, fundamental to our criminal law, which governs this appeal is that no act can be a criminal offence unless it is done voluntarily. Consciousness is a *sine qua non* to criminal liability.

The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the state of mind of the accused, in the sense that the act was voluntary. The circumstances are normally such as to permit a presumption of volition and mental capacity. That is not so when the accused, as here, has placed before the court, by cross-examination of Crown witnesses or by evidence called on his own behalf, or both, evidence sufficient to raise an issue that he was unconscious of his actions at the time of the alleged offence. No burden of proof is imposed upon an accused raising such defence beyond pointing to facts which indicate the existence of such a condition: *R. v. Berger*[29], at p. 379. Whether lack of consciousness relates to *mens rea* or to *actus reus* or both may be important in a case in which the offence charged is one of absolute liability, but the conceptual distinction does

[29] (1975), 27 C.C.C. (2d) 357.

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

Dans le cas normal où un accusé plaide l'aliénation mentale, il a le fardeau de renverser la présomption qui veut qu'il soit sain d'esprit. En l'espèce, l'appelant ne cherche pas à prouver qu'il était aliéné le 1er mars 1974. Le ministère public fait valoir l'aliénation mentale en réponse à la défense fondée sur l'automatisme soulevée par l'appelant. La présomption qui veut que l'appelant soit sain d'esprit joue en sa faveur.

Passons au par. 16(2): 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. Les mots importants à retenir aux fins des présents motifs sont «maladie mentale».

Le premier principe qui est fondamental dans notre droit criminel et qui régit l'issue de ce pourvoi, veut qu'aucun acte ne puisse constituer une infraction criminelle à moins qu'il ne soit accompli volontairement. La conscience est une condition *sine qua non* de la responsabilité criminelle.

La poursuite doit prouver chacun des éléments de l'acte criminel imputé. Un de ces éléments est l'état mental de l'accusé, démontrant que l'acte est volontaire. En temps normal, les circonstances sont telles qu'elles permettent de présumer la volonté et la capacité mentale. Ce n'est pas le cas lorsqu'un accusé, comme en l'espèce, produit devant la cour, par le contre-interrogatoire des témoins de la poursuite ou par l'interrogatoire de ses propres témoins ou les deux à la fois, des éléments de preuve suffisants pour qu'on se demande s'il savait ce qu'il faisait lorsqu'il a commis l'infraction alléguée. La charge de la preuve qui incombe à un accusé qui fait valoir ce moyen de défense ne consiste qu'à souligner des faits qui indiquent l'existence d'un tel état: *R. v. Berger*[29], à la p. 379. Il peut être important de déterminer si la privation de la conscience se rapporte à la *mens rea* ou à l'*actus reus* ou aux deux à la fois dans un cas où l'infraction

[29] (1975), 27 C.C.C. (2d) 357.

not concern us in the case at bar.

The second principle is that no person should be committed to a hospital for the criminally insane unless he suffers from disease of the mind in need of treatment or likely to recur.

The Ontario Court of Appeal held that the excusing factor was insanity. This finding was reached though the appellant exhibited no pathological symptoms indicative of a previously existing, or ongoing, psychiatric disorder. On medical evidence accepted by the trial judge, the prospect of a recurrence of dissociation is extremely remote. There was no finding that the appellant suffered from psychosis, neurosis or personality disorder. He does not have an organic disease of the brain. This was an isolated event. The appellant has already spent several weeks in a mental institution undergoing psychiatric, neurological and psychological assessment, the result of which did not indicate need for treatment.

There are undoubtedly policy considerations to be considered. Automatism as a defence is easily feigned. It is said the credibility of our criminal justice system will be severely strained if a person who has committed a violent act is allowed an absolute acquittal on a plea of automatism arising from a psychological blow. The argument is made that the success of the defence depends upon the semantic ability of psychiatrists, tracing a narrow path between the twin shoals of criminal responsibility and an insanity verdict. Added to these concerns is the *in terrorem* argument that the floodgates will be raised if psychological blow automatism is recognized in law.

There are competing policy interests. Where the condition is transient rather than persistent, unlikely to recur, not in need of treatment and not the result of self-induced intoxication, the policy objectives in finding such a person insane are not

imputée en est une de responsabilité absolue, mais la distinction conceptuelle ne nous concerne pas en l'espèce.

Le second principe veut que personne ne soit interné dans un hopital pour aliénés criminels à moins de souffrir d'une maladie mentale qui nécessite des traitements ou qui risque de se répéter.

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il y avait une excuse, l'aliénation mentale. Elle en est venue à cette conclusion même si l'appelant ne présentait aucun symptôme pathologique indicatif d'un trouble psychiatrique existant antérieurement ou en cours. D'après la preuve médicale acceptée par le juge du procès, la probabilité d'un retour de l'état de dissociation est extrêmement faible. Aucune conclusion ne porte que l'appelant souffrait de psychose, de névrose ou de trouble de personnalité. Il ne souffre pas d'une maladie cérébrale d'origine organique. Il s'agissait d'un événement isolé. L'appelant a déjà passé plusieurs semaines dans un hôpital psychiatrique pour subir des tests d'évaluation psychiatrique, neurologique et psychologique dont les résultats n'ont démontré aucun besoin de traitement.

Il faut sans aucun doute tenir compte de considérations d'ordre public. L'automatisme en tant que moyen de défense est facilement simulé. On affirme que la crédibilité de notre système de justice pénale risque d'être sérieusement mise à l'épreuve si une personne qui a commis un acte violent bénéficie d'un verdict d'acquittement absolu sur un plaidoyer d'automatisme provoqué par un choc psychologique. On fait valoir que le succès de ce moyen de défense dépend de l'habilité d'expression des psychiatres appelés à tracer l'étroit sentier entre les deux écueils de la responsabilité criminelle et du verdict d'aliénation mentale. A tout cela on ajoute l'argument menaçant du raz de marée si la défense d'automatisme provoqué par un choc psychologique est reconnue en droit.

Il existe des intérêts d'ordre public concurrents. Lorsque l'état d'une personne est passagé plutôt que permanent, qu'il n'est pas susceptible de se répéter, qu'il ne nécessite pas de traitement et n'est pas le résultat d'une intoxication volontaire, il ne

served. Such a person is not a danger to himself or to society generally.

The Ontario Court of Appeal in the present case focused upon "external cause". The "ordinary stresses and disappointments of life" were held not to constitute an external cause. The Court considered that the "emotional stress" suffered by the appellant could not be said to be an external factor producing the automatism; the dissociative state had its source primarily in the psychological or emotional make-up of the appellant.

There is no evidence to support Mr. Justice Martin's statement attributing the dissociated state to psychological or emotional make-up of the appellant. To exclude the defence of automatism, it lay upon the Crown to establish that the appellant suffered from a disease of the mind at the time of the attack. The existence of the mental disease must be demonstrated in evidence. Here there is no such evidence from any of the expert or other witnesses with references to the crucial period of the assault. Moreover as earlier noted, s. 16(4) presumes sanity. The Court of Appeal's conclusion was directly contrary to the testimony of Dr. Orchard, accepted by the trial judge, and finds no support in the testimony of Dr. Rowsell.

Martin J.A. left open the question whether it is possible to dissociate as a result of emotional shock rather than physical injury. The effect of the appellate court judgment was to differ with the trial judge's finding that the dissociation was brought about by an externally operating cause. In the circumstances, I do not think it is open to this Court to disturb the findings of fact at trial.

If the effect of the appellate court judgment is that, as a matter of law, emotional stress can never constitute an external factor then, with respect, I disagree. Indeed, in the passage quoted below the court seems to concede as much. If the controlling factor is one of degree of emotional stress, and the

sert pas les objectifs d'ordre public de déclarer cette personne aliénée. Cette personne ne constitue un danger ni pour elle-même ni pour la société en général.

En l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a mis l'accent sur la «cause externe». Elle a conclu que «les pressions et les contrariétés courantes de la vie» ne constituaient pas une cause externe. A son avis, le «stress émotionnel» dont a souffert l'appelant ne saurait être qualifié de facteur externe qui a pu provoquer l'automatisme; l'état de dissociation tire essentiellement son origine de la nature psychologique ou émotionnelle de l'appelant.

Aucune preuve n'appuie l'affirmation du juge Martin que l'état de dissociation a été provoqué par la constitution psychologique ou émotionnelle de l'appelant. Pour exclure la défense d'automatisme, le ministère public avait le fardeau de prouver que l'appelant souffrait d'une maladie mentale au moment de la perpétration des voies de fait. La preuve doit établir l'existence d'un trouble mental. En l'espèce, ni les témoins experts ni aucun autre témoin n'ont pu en établir l'existence au moment crucial où l'appelant a commis les voies de fait. De plus, comme on l'a déjà mentionné, le par. 16(4) crée la présomption que toute personne est saine d'esprit. La conclusion de la Cour d'appel est directement opposée au témoignage du Dr Orchard, retenu par le juge du procès, et ne trouve aucun appui dans le témoignage du Dr Rowsell.

Le juge Martin n'a pas répondu à la question de savoir s'il est possible de souffrir de dissociation par suite d'un choc émotionnel plutôt que d'une blessure physique. L'arrêt de la Cour d'appel a eu pour effet de contredire la conclusion du juge du procès que l'état de dissociation a été provoqué par une cause d'origine externe. En l'espèce, je ne pense pas qu'il soit loisible à cette Cour de modifier les conclusions de fait auxquelles est parvenu le juge du procès.

Si l'effet de l'arrêt de la Cour d'appel est qu'en droit, le stress émotionnel ne peut jamais constituer un facteur externe, alors, avec égards, je ne partage pas cet avis. De fait, c'est ce que la cour semble admettre dans l'extrait cité ci-après. Si le facteur déterminant est l'intensité du stress émo-

application of some form of quantitative test, then the question becomes one of fact for the trier of fact and not one of law for an appellate court.

It is not clear to me why, as a matter of law, an emotional blow, which can be devastating, should be regarded as an external cause of automatism in some circumstances and an internal cause in others, as the Court of Appeal would seem to propose in this passage:

> ... I leave aside until it becomes necessary to decide them, cases where a dissociative state has resulted from emotional shock without physical injury, resulting from such causes, for example, as being involved in a serious accident although no physical injury has resulted; being the victim of a murderous attack with an uplifted knife, notwithstanding the victim has managed to escape physical injury; seeing a loved one murdered or seriously assaulted, and the like situations. Such extraordinary external events might reasonably be presumed to affect the average normal person without reference to the subjective make-up of the person exposed to such experience.

I cannot accept the notion that an extraordinary external event, *i.e.* an intense emotional shock, can cause a state of dissociation or automatism, if and only if all normal persons subjected to that sort of shock would react in that way. If I understand the quoted passage correctly, an objective standard is contemplated for one of the possible causes of automatism, namely, psychological blow, leaving intact the subjective standard for other causes of automatism, such as physical blow, or reaction to drugs.

As in all other aspects of the criminal law, except negligence offences, the inquiry is directed to the accused's actual state of mind. It is his subjective mental conditions with which the law is concerned. If he has a brittle skull and sustains a concussion which causes him to run amok, he has a valid defence of automatism. If he has an irregular metabolism which induced an unanticipated and violent reaction to a drug, he will not be responsible for his acts. If he is driven into shock and unconsciousness by an emotional blow, and was susceptible to that reaction but has no disease,

tionnel et l'application d'un critère quantitatif, il s'agit d'une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation du juge du fond; ce n'est pas une question de droit qui ressortit à un tribunal d'appel.

Je ne vois pas clairement pourquoi, en droit, un choc émotionnel, qui peut être dévastateur, devrait être considéré dans certains cas comme une cause externe d'automatisme et dans d'autres cas comme une cause interne, comme semble le proposer la Cour d'appel dans l'extrait suivant:

> [TRADUCTION] ... Je laisse de côté, jusqu'à ce qu'ils se présentent, les cas où l'état de dissociation résulte d'un choc émotionnel sans blessures physiques: par exemple, le fait d'avoir été impliqué dans un accident grave sans avoir subi de blessures physiques, d'avoir été victime d'un assaillant brandissant un couteau tout en ayant échappé à des blessures physiques, d'avoir vu un être cher assassiné ou gravement agressé, etc. On peut à juste titre présumer qu'une personne normale ordinaire puisse être affectée par ce genre d'événement externe extraordinaire, sans qu'intervienne la constitution subjective de la personne exposée à pareille expérience.

Je ne peux accepter l'idée qu'un événement externe extraordinaire, par exemple, un choc émotionnel intense, puisse provoquer un état de dissociation ou d'automatisme si et seulement si les personnes normales, victimes d'un tel choc, réagissent de cette manière. Si j'ai bien compris l'extrait précité, on propose un critère objectif pour l'une des causes possibles d'automatisme, savoir un choc psychologique, laissant ainsi intact le critère subjectif en ce qui concerne les autres causes d'automatisme, comme un choc physique ou une réaction à des drogues.

Comme dans tous les autres aspects du droit pénal, mis à part les infractions de négligence, l'examen porte sur l'état d'esprit réel de l'accusé. Le droit s'intéresse à son état mental subjectif. S'il a un crâne fragile et subit une commotion qui provoque une crise de folie, alors il a une défense d'automatisme valide. S'il a un métabolisme irrégulier qui provoque une réaction imprévue et violente à une drogue, il ne sera pas tenu responsable de ses actes. Si une émotion brutale le met en état de choc et d'inconscience et qu'il ait une prédisposition à une réaction semblable mais qu'il n'ait

there is no reason in principle why a plea of automatism should not be available. The fact that other people would not have reacted as he did should not obscure the reality that the external psychological blow did cause a loss of consciousness. A person's subjective reaction, in the absence of any other medical or factual evidence supportive of insanity, should not put him into the category of persons legally insane. Nor am I prepared to accept the proposition, which seems implicit in the passage quoted, that whether an automatic state is an insane reaction or a sane reaction may depend upon the intensity of the shock.

Schiffer states in his text, *"Mental Disorder and The Criminal Trial Process" (1978)*, that psychological blow automatism is described as a reaction to a shock (at p. 101):

> However, in cases where the psychological stress has taken the form of a sudden jolt or blow to the accused, the court may be more willing to treat a short-lived bout of automatism as sane. Because the automatism, in order to be a defence in itself, must be an "on the sudden" reaction to psychological stress, the defence of "psychological blow automatism" may be seen as somewhat analogous to the defence of provocation.

I agree with the requirement that there be a shock precipitating the state of automatism. Dissociation caused by a low stress threshold and surrender to anxiety cannot fairly be said to result from a psychological blow. In a recent decision of the B.C. Court of Appeal, *R. v. MacLeod*, as yet unreported, Craig J.A. adopted the judgment of Martin J.A. in *Rabey*. The facts of *MacLeod* cannot be compared with those in the instant appeal. There, the accused absorbed four double drinks of liquor prior to entering the alleged state of dissociation. His loss of consciousness cannot be traced to an immediate emotional shock. He had been subject to ongoing stress for some time, which was heightened by his wife's recent departure. Though unwilling to classify it a disease of the mind, the accused's medical witness described it as a "neurotic disorder" which could be induced

aucune maladie, alors en principe rien n'empêche de plaider l'automatisme. La réaction possiblement différente d'autres personnes ne doit pas voiler le fait que le choc psychologique externe a effectivement provoqué une perte de la conscience. La réaction subjective d'une personne, en l'absence de toute autre preuve médicale ou issue des faits qui établiraient l'aliénation mentale, ne doit pas la placer dans la catégorie des personnes juridiquement aliénées. De même, je ne suis pas disposé à admettre la proposition qui semble implicite dans l'extrait précité, savoir que l'intensité du choc peut déterminer si l'automatisme est la réaction d'un aliéné ou d'une personne saine d'esprit.

Schiffer écrit dans une étude intitulée «*Mental Disorder and The Criminal Trial Process*» *(1978)*, que l'automatisme provoqué par un choc psychologique est décrit comme une réaction à un choc (à la p. 101):

> [TRADUCTION] Toutefois, dans les cas où le stress psychologique se traduit chez l'accusé par un coup ou un choc soudain, le tribunal sera peut-être plus disposé à considérer un accès d'automatisme de courte durée comme la réaction d'une personne saine d'esprit. Etant donné que l'automatisme, pour constituer une défense en soi, doit être une réaction «subite» à un stress psychologique, la défense d'«automatisme provoqué par un choc psychologique» peut être considérée, d'une certaine façon, comme analogue à la défense de provocation.

Je partage l'opinion qu'il doit y avoir un choc à même de provoquer l'état d'automatisme. On ne peut, à juste titre, prétendre qu'un état de dissociation causé par un seuil peu élevé de tolérance au stress et par une non-résistance à l'angoisse puisse résulter d'un choc psychologique. Dans un arrêt récent de la Cour d'appel de la C.-B., *R. v. MacLeod*, encore inédit, le juge Craig a fait sien le jugement du juge Martin dans *Rabey*. Les faits de l'affaire *MacLeod* ne sont pas comparables à ceux de l'espèce. L'accusé avait consommé quatre verres doubles d'alcool avant de sombrer dans le prétendu état de dissociation. Sa perte de conscience ne peut être rattachée à un choc émotionnel direct. Il souffrait depuis un certain temps d'un stress persistant, un état qui s'était accentué avec le départ récent de son épouse. Ne voulant pas classer l'état de l'accusé parmi les maladies mentales, le méde-

by an "anxiety reaction". The Court of Appeal held non-insame automatism was not available.

Dr. Glanville Williams' new book "*Textbook of Criminal Law*" (1978) is helpful in this discussion, in particular chapter 27. The author cites as the main instances of automatism: "sleepwalking, concussion, some cases of epilepsy, hypoglycaemia and dissociative states". Williams says (at pp. 608-9) that "automatism" has come to express "any abnormal state of consciousness (whether confusion, delusion or dissociation) that is regarded as incompatible with the existence of *mens rea*, while not amounting to insanity", adding:

> It would better be called "impaired consciousness", but the orthodox expression can be used if we bear in mind that it does not mean what it says.

and in a footnote:

> Because automatism is a legal concept, a psychiatrist should be asked to testify to the mental condition as psychiatrically recognized, not to "automatism". It is for the judge to make the translation. In most of the conditions referred to legally as automatism the psychiatrist would speak of an altered state of consciousness. (at p. 609)

The *Parnerkar* case is discussed at some length and the following observations made with respect thereto:

> The decision illustrates the difficulty that can be caused to the courts by over-enthusiastic psychiatrists. If such evidence were regularly given and accepted a considerable breach would be made in the law of homicide. A medical witness who proclaims that the defendant, though awake, did not know that he was stabbing a person because of his dissociated state invites incredulity, particularly where it is shown that the defendant immediately afterwards telephoned for an ambulance and the police. Further, to assert that this medical condition amounts to insanity ignores the distinction that has been developed between sane and non-sane automatism. If Parnerkar was in a state of automatism at all it was of the non-insane variety, since there was no

Le nouvel ouvrage de Glanville Williams, «Textbook of Criminal Law» (1978), plus précisément le chapitre 27, fait un apport utile en l'espèce. L'auteur y cite comme cas principaux d'automatisme: [TRADUCTION] «le somnambulisme, la commotion nerveuse, certains cas d'épilepsie, l'hypoglycémie et les états de dissociation». Williams affirme (aux pp. 608 et 609) que «l'automatisme» en est venu à désigner [TRADUCTION] «tout état anormal de la conscience (qu'il s'agisse de confusion, de fantasme ou de dissociation) jugé incompatible avec l'existence de la *mens rea*, mais qui n'équivaut pas à l'aliénation mentale». Il ajoute:

> [TRADUCTION] Il serait plus juste de l'appeler «conscience affaiblie», mais l'expression traditionnelle peut-être employée si l'on se rappelle qu'elle ne correspond pas à son sens littéral.

Il ajoute une note en bas de page:

> [TRADUCTION] Etant donné que l'automatisme est un concept juridique, on devrait demander au psychiatre de témoigner sur l'état mental tel qu'il est reconnu en psychiatrie, et non sur «l'automatisme». Il revient au juge de faire la transposition. Dans la plupart des cas que l'on désigne juridiquement comme des cas d'automatisme, le psychiatre parlerait plutôt d'un état de conscience modifié. (à la p. 609)

L'arrêt *Parnerkar* fait l'objet d'une assez longue étude. On peut lire à ce sujet les observations suivantes:

> [TRADUCTION] La décision illustre les difficultés que peuvent causer aux tribunaux des psychiatres trop enthousiastes. On porterait sérieusement atteinte aux principes de droit applicables au meurtre si ce genre de témoignage était régulièrement présenté et accepté. Un médecin qui affirme qu'un défendeur, quoiqu'en état d'éveil, ne savait qu'il était en train de poignarder quelqu'un, vu son état de dissociation, provoquera l'incrédulité, surtout lorsque la preuve démontre qu'immédiatement après le crime, le défendeur a téléphoné pour faire venir une ambulance et avertir la police. De plus, le fait d'affirmer que cet état médical équivaut à un cas d'aliénation mentale laisse de côté la distinction qui a été faite entre l'automatisme chez une personne saine

evidence of psychosis or brain damage or continuing danger. (at p. 613) (Underlining added.)

At the conclusion of the discussion on *Parnerkar*, Williams makes the following comment, particularly apt in the present case:

It may also be remarked that commitment to hospital is inappropriate in a case of hysterical dissociation, since once the episode is over the patient does not need to be detained. (at p. 613)

Under the heading "Insanity versus Automatism" Williams states that before the decision in *Quick*, Lord Denning's view in *Bratty* was generally accepted. The test of insanity was the likelihood of recurrence of danger. In *Quick*, the Court of Appeal adopted what might seem at first sight to be a different test for insane versus non-insane automatism. But the real question is whether the violence is likely to be repeated. Williams concludes that "On the whole, it would be much better if the courts kept to Lord Denning's plain rule; the rule in *Quick* adds nothing to it". (at p. 615)

This view, which the Ontario Court of Appeal appears to have rejected, finds ample support in the legal literature. See Beck, "Voluntary Conduct: Automatism, Insanity and Drunkenness", (1966-67) 9 *Crim. L.Q. 315*, at p. 321, "The cause of the automatic conduct, and the threat of recurrence, are plainly factors that determine the line between sane and insane automatism"; Whitlock, "*Criminal Responsibility and Mental Illness*" at p. 120, "The test of whether or not an episode of automatism is to be judged as sane or insane action seems to rest on the likelihood of its repetition"; J. Ll. J. Edwards, "Automatism and Criminal Responsibility", *21 Mod. L. Rev.* 375, at p. 385, "Where evidence is available of recurrent attacks of automatism during which the accused resorts to violence . . . inevitably leads to consideration of the imposition of some restraint"; Prevez-

d'esprit et l'automatisme chez un aliéné. Si Parnerkar était le moindrement dans un état d'automatisme, alors il devait s'agir d'un état d'automatisme sans aliénation mentale puisque la preuve n'a démontré aucun signe de psychose, de traumatisme cérébral ou de danger persistant. (à la p. 613) (C'est moi qui souligne.)

Au terme de l'analyse de *Parnerkar*, Williams fait le commentaire suivant, très pertinent en l'espèce:

[TRADUCTION] On peut également souligner que la détention dans un hôpital n'est pas une mesure appropriée dans un cas de dissociation hystérique puisqu'une fois la crise terminée, le patient n'a plus besoin d'être détenu. (à la p. 613)

Sous la rubrique «Insanity versus Automatism», Williams affirme qu'avant l'arrêt *Quick*, l'opinion de lord Denning dans *Bratty* était généralement acceptée. Le critère de l'aliénation mentale était la probabilité de retour du danger. Dans l'arrêt *Quick*, la Cour d'appel a adopté ce qui semble être, à première vue, un critère différent pour distinguer l'automatisme avec aliénation mentale de l'automatisme sans aliénation mentale. Mais la véritable question est de savoir s'il y a risque de voir l'acte de violence se répéter. Williams conclut que [TRADUCTION] «Dans l'ensemble, il serait préférable que les tribunaux conservent la règle claire de lord Denning; la règle formulée dans *Quick* ne lui ajoute rien d'utile». (à la p. 615)

Ce point de vue, que la Cour d'appel de l'Ontario a apparemment rejeté, trouve un appui certain dans les revues de droit. Voir Beck, «Voluntary Conduct: Automatism, Insanity and Drunkenness», (1966-67) 9 *Crim. L.Q. 315*, à la p. 321, [TRADUCTION] «La cause d'une conduite automatique et le risque de rechute sont clairement des facteurs qui tracent la ligne de démarcation entre l'automatisme sans aliénation mentale et avec aliénation mentale»; Whitlock, «*Criminal Responsibility and Mental Illness*» à la p. 120, [TRADUCTION] «Il appert que le critère pour savoir si un accès d'automatisme doit être considéré comme l'acte d'une personne saine d'esprit ou d'un aliéné repose sur la probabilité de sa répétition»; J. Ll. J. Edwards, «Automatism and Criminal Responsibility», *21 Mod. L. Rev.* 375, à la p. 385, [TRADUCTION] «Lorsque la preuve démontre des crises répétées

er, "Automatism and Involuntary Conduct" [1958] *Crim. L. R.* 440, at p. 441, "If ... it can safely be predicted that his conduct is not likely to recur, having regard to the cause of the automatism, there can be no point in finding him insane and detaining him in Broadmoor"; Martin, "Insanity as a Defence", (1965-6) *8 Crim. L. Q.* 240, at p. 253, "Perhaps the distinction lies in the likelihood of recurrence and whether the person suffering from it is prone to acts of violence when in that state".

In principle, the defence of automatism should be available whenever there is evidence of unconsciousness throughout the commission of the crime, that cannot be attributed to fault or negligence of his part. Such evidence should be supported by expert medical opinion that the accused did not feign memory loss and that there is no underlying pathological condition which points to a disease requiring detention and treatment.

I would only add that s. 16 determines the consequences of the finding of "no consciousness", on the basis of a legal conclusion guided by the medical evidence of the day. What is disease of the mind in the medical science of today may not be so tomorrow. The court will establish the meaning of disease of the mind on the basis of scientific evidence as it unfolds from day to day. The court will find as a matter of fact in each case whether a disease of the mind, so defined, is present.

The circumstances in this case are highly unusual, uncomplicated by alcohol or psychiatric history. The real question in the case is whether the appellant should be confined in an institution for the criminally insane. The trial judge negated an act of passion, lack of self-control or impulsiveness. The medical evidence negated a state of disease or disorder or mental disturbance arising from infirmity. Save for what was said by Dr. Rowsell,

d'automatisme au cours desquelles l'accusé a recours à la violence ... on envisage inévitablement d'imposer l'internement»; Prevezer, «Automatism and Involuntary Conduct» [1958] *Crim. L. R.* 440, à la p 441, [TRADUCTION] «Si ... l'on peut, en toute sûreté, prévoir que sa conduite ne risque pas de se répéter, compte tenu de la cause de l'automatisme, alors rien ne justifie la conclusion qu'il est aliéné et qu'il doit être détenu à Broadmoor»; Martin, «Insanity as a Defence», (1965-1966) *8 Crim. L. Q.* 240, à la p. 253, [TRADUCTION] «La distinction réside peut-être dans la probabilité d'une rechute et dans la question de savoir si la personne qui en souffre est portée à accomplir des actes de violence lorsqu'elle est dans cet état».

En principe, l'automatisme devrait être un moyen de défense chaque fois qu'est établie une perte de conscience tout au long de la perpétration du crime et qu'on ne peut l'imputer à la faute ou à la négligence de l'accusé. Une telle preuve doit être étayée par le témoignage d'un médecin portant que l'accusé n'a pas simulé une perte de mémoire et qu'il n'existe pas d'état pathologique sous-jacent qui indique une maladie nécessitant une détention et des traitements.

Je veux simplement ajouter que l'art. 16 prévoit les conséquences d'une conclusion de «perte de conscience», à partir d'une conclusion juridique fondée sur la preuve médicale telle qu'elle existe à ce moment. La définition actuelle de la maladie mentale en médecine ne sera peut-être pas la même demain. Le tribunal arrêtera le sens de l'expression maladie mentale à partir de la preuve scientifique telle qu'elle évolue de jour en jour. Le tribunal doit décider dans chacun des cas, en tant que question de fait, s'il y a maladie mentale au sens de la définition.

Les circonstances de l'espèce sont tout à fait inhabituelles; elles ne sont compliquées ni par une question de boissons alcooliques ni par des antécédents psychiatriques. La véritable question en l'espèce est de savoir si l'appelant doit être détenu dans un établissement pour aliénés criminels. Le juge du procès a rejeté l'hypothèse d'un acte passionnel, d'une absence de maîtrise de soi ou d'un acte impulsif. La preuve médicale a nié l'existence

whose evidence as to *ex post facto* hysterical amnesia was rejected by the trial judge, the medical experts gave the appellant a clean mental bill of health. I can see no possible justification for sending the case back for a new trial.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the verdict of acquittal.

Appeal dismissed, DICKSON, ESTEY *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Michael A. Wadsworth, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Ontario, Toronto.

d'une maladie ou d'un trouble mental découlant de débilité. A l'exception du Dr Rowsell, dont le témoignage sur une amnésie hystérique *ex post facto* a été rejeté par le juge du procès, les médecins experts ont trouvé l'appelant en parfait état de santé mentale. A mon avis, rien ne justifie le renvoi de l'affaire pour un nouveau procès.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le verdict d'acquittement.

Pourvoi rejeté, les juges DICKSON, ESTEY *et* MCINTYRE *étant dissidents.*

Procureur de l'appelant: Michael A. Wadsworth, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Thomas Bernard Jacques Senez *Appellant*;

and

Montreal Real Estate Board *Respondent.*

1980: April 29 and 30; 1980: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Prescription — Member of Real Estate Board improperly expelled — Contractual or delictual action — Damages resulting from single cause of action — By-laws — Natural justice — Corporations — Civil Code, arts. 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2) — Companies Act, R.S.Q. 1941, c. 276, s. 214, now R.S.Q. 1977 c. C-38, s. 218 — Real Estate Brokerage Act, R.S.Q. 1964, c. 267, am. 1966-67 (Que.), c. 75, now R.S.Q. 1977, c. C-73.

Appellant, a real estate broker, was an associate member of the Montreal Real Estate Board (respondent). In September 1967, and then in February 1968, he was respectively suspended and then expelled from the ranks of the Board. In November 1971, he brought an action against respondent, seeking first of all to have his suspension and expulsion quashed and to be reinstated as a member of the Board, and secondly claiming damages for loss of income and for professional, personal and social humiliation, physical and mental suffering and so on. The Superior Court of Quebec allowed the first action, finding that respondent's directors had contravened certain sections of the Board's by-law and violated the principles of natural justice; it quashed the suspension and expulsion and ordered that appellant be reinstated. There was no appeal from this part of the judgment. With regard to the second action, the Court dismissed it, considering that it was of the nature of an offence or quasi-offence and as such prescribed, since more than two years had passed between the date of expulsion and the institution of proceedings. There was an appeal from this part of the judgment and the Court of Appeal, from the bench, dismissed the appeal. In view of their findings on prescription, neither the Superior Court nor the Court of Appeal undertook to liquidate the damages. Appellant obtained leave from this Court to appeal from the Court of Appeal decision, but only on the following question: Were the damages claimed entirely prescribed?

Thomas Bernard Jacques Senez *Appelant*;

et

La Chambre d'Immeuble de Montréal *Intimée.*

1980: 29 et 30 avril; 1980: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Prescription — Membre de Chambre d'immeuble expulsé irrégulièrement — Recours contractuel ou délictuel — Dommages résultant d'une seule cause d'action — Règlements — Justice naturelle — Corporations — Code civil, art. 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2) — Loi des compagnies, S.R.Q. 1941, chap. 276, art. 214, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-38, art. 218 — Loi du courtage immobilier, S.R.Q. 1964, chap. 267, mod. 1966-67 (Qué.), chap. 75, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-73.

L'appelant, un agent d'immeuble, était membre associé de la Chambre d'Immeuble de Montréal (l'intimée). En septembre 1967, et en février 1968, il avait été respectivement suspendu, puis expulsé des rangs de cette dernière. En novembre 1971, il intentait une action contre l'intimée, demandant, dans un premier temps, l'annulation de sa suspension et de son expulsion ainsi que sa réintégration comme membre de la Chambre, et réclamant, dans un second temps, des dommages-intérêts pour perte de revenus et pour humiliations professionnelles, personnelles et sociales, souffrances physiques et mentales ... La Cour supérieure du Québec a accueilli le premier recours: au motif que les directeurs de l'intimée avaient contrevenu à certains articles du règlement de la Chambre et violé les principes de justice naturelle, elle a annulé la suspension et l'expulsion et ordonné la réintégration de l'appelant. Il n'y eût pas appel de cette partie du jugement. Quant au second recours, la Cour supérieure le rejeta le jugeant de nature délictuelle et quasi-délictuelle et, à ce titre, prescrit, plus de deux ans s'étant écoulés entre la date de l'expulsion et l'institution des procédures. Il y eût appel de cette partie du jugement et la Cour d'appel, sur le banc, rejeta l'appel. Vu leurs conclusions sur la prescription, ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont procédé à la liquidation des dommages. L'appelant a obtenu de cette Cour l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel mais sur la seule question suivante: Les dommages réclamés sont-ils entièrement prescrits?

Held: The appeal is allowed and the record is returned to the Superior Court to determine the amount of the damages.

The question asked includes two others: (I) Were the damages claimed prescribed? (II) If not, were some of them prescribed?

(I) In order to characterize the breaches found to have been committed by respondent, it is necessary to determine the nature of the rules and by-laws infringed in the context of the relations between a corporation like the Board and its members. Because of the provisions of the *Civil Code* relating to Corporations, as well as the specific legislative provisions in accordance with which a body like the Board was incorporated—these provisions are derived from English law—and because of the Board's own by-laws, respondent does not belong to the category of political corporations or to that of professional corporations as such, but more closely resembles the type of voluntarily formed group which, in English law, is known as "voluntary associations". The by-laws of such corporations are the equivalent of provisions of a contractual nature, and the breach by the corporation of its own by-laws is the equivalent of a breach of its contractual obligations to its members. Similarly, the rules of natural justice, when applied to contractual relations, do not change their contractual nature. Consequently, appellant's action is of a contractual nature and is prescribed after thirty years.

(II) If the damages claimed result from a single cause of action which is the breach of a contractual obligation, the damages will be characterized as contractual damages and will only be prescribed after thirty years. If they result from several separate and independent causes of action, they must be regarded as contractual or delectual depending on whether they originate in the breach of a contract or in an offence or quasi-offence, and they will be prescribed accordingly. In the case at bar, the damages claimed for injury to the professional, personal or social reputation, for humiliation, mental and even physical suffering, result from a single cause of action, the improper suspension and expulsion. They are therefore not prescribed, any more than damages for loss of income are. On the other hand, damages suffered as a result of alleged bomb threats, bodily harm and attempts to intimidate are prescribed, because they result from typical offences which are separate causes of action from the suspension and expulsion.

Gagné v. Ouellet, [1958] R.L. 102; *Beaudry v. Club St-Antoine* (1901), 19 C.S. 452; *Club de la Garnison de Québec v. Lavergne* (1918), 27 K.B. 37 affirming

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le dossier retourné en Cour supérieure afin qu'il y soit procédé à la liquidation des dommages.

La question posée en comprend deux: (I) Les dommages réclamés sont-ils prescrits? (II) Dans la négative, certains d'entre eux le sont-ils?

(I) Pour qualifier les violations reprochées à l'intimée, il faut déterminer la nature des règles et règlements violés dans le contexte des rapports qui unissent à ses membres une corporation comme la Chambre. De par les dispositions du *Code civil* relatives aux Corporations, de par les dispositions législatives particulières sous le régime desquelles un groupement comme la Chambre a été constitué en corporation—ces dispositions s'inspirent du droit anglais—et de par les règlements mêmes de la Chambre, l'intimée n'appartient pas à la catégorie des corporations politiques ou à celle des corporations professionnelles proprement dites, mais elle s'apparente plutôt à ce type de groupements volontairement constitués qu'en droit anglais on désigne sous le vocable de «voluntary associations». Les règlements de ces corporations sont assimilables à des dispositions de nature contractuelle et la violation de ses propres règlements par la corporation équivaut à une violation de ses obligations contractuelles envers ses membres. De même, les règles de la justice naturelle, quand elles s'appliquent à des relations contractuelles, n'en changent pas le caractère contractuel. En conséquence, le recours de l'appelant est de nature contractuelle et se prescrit par trente ans.

(II) Si les dommages réclamés découlent d'une seule cause d'action qui est la violation d'une obligation de nature contractuelle, les dommages seront qualifiés de dommages contractuels et ne se prescriront que par trente ans. S'ils découlent de plusieurs causes d'action distinctes et autonomes, ils doivent être qualifiés de contractuels ou de délictuels selon qu'ils trouvent leur source dans la violation d'un contrat ou bien dans un délit ou quasi-délit et ils se prescriront en conséquence. En l'espèce, les dommages réclamés pour atteinte à la réputation professionnelle, personnelle ou sociale, pour humiliation, souffrance mentale et même physique, découlent d'une seule cause d'action, la suspension et l'expulsion irrégulières. Ils ne sont donc pas prescrits, pas plus que ne le sont les dommages pour perte de revenus. Par contre, les dommages subis par suite de prétendues menaces de bombe, voies de faits et tentatives d'intimidation sont prescrits, car ils découlent de délits caractérisés qui sont des causes d'action distinctes de la suspension et de l'expulsion.

Jurisprudence: *Gagné c. Ouellet*, [1958] R.L. 102; *Beaudry c. Club St-Antoine* (1901), 19 C.S. 452; *Club de la Garnison de Québec c. Lavergne* (1918), 27 B.R.

(1917), 51 C.S. 349; *Monette v. Société St-Jean-Baptiste de Valleyfield* (1886), 30 L.C.J. 150; *Union St-Joseph de Montréal v. Lapierre* (1880), 4 S.C.R. 164; *Vancouver Real Estate Board v. Moscrop Realty Ltd.*, [1961] S.C.R. 418, (1960), 23 D.L.R. (2d) 21; *Wyman and Moscrop Realty Limited v. Vancouver Real Estate Board* (1959), 27 W.W.R. 476; *Philipzyk v. Edmonton Real Estate Board Co-operative Listing Bureau Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 424; *Seafarers' International Union v. Stern*, [1961] S.C.R. 682; *White v. Kuzych*, [1951] A.C. 585; *Orchard v. Tunney*, [1957] S.C.R. 436; *International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault* [1947], 1 D.L.R. 5; *Ville de Montréal v. De Montigny* (1910), 20 Q.B. 49; *Vézina v. Corporation de la Ville de Mégantic* (1935), 39 R.P. 223; *Pilon v. Samson*, [1951] R.P. 321; *Corporation du village de Danville v. Lamarche*, [1953] Q.B. 579; *Larichelière v. Hôpital Sainte Jeanne d'Arc de Montréal*, [1958] R.P. 194; *Corporation du Gaz Naturel du Québec v. Frank*, [1961] Q.B. 792; *Ruel v. Banque Provinciale du Canada*, [1971] C.A. 343; *Lido Construction Inc. v. Crédit Sorel Inc.*, [1977] C.S. 926, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Robert Décary, for the appellant.

John J. Pepper, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—Appellant, a real estate broker and an associate member of the Montreal Real Estate Board (the *Board*), was irregularly suspended by the *Board* in September 1967 and irregularly expelled in February 1968. The issue is whether his action in damages, served on the *Board* in November 1971, is prescribed.

The trial judge, in an elaborate judgment, set forth in detail the circumstances giving rise to the case. It will not be necessary to state them here in order to decide the appeal. Indeed, certain of these circumstances have acquired a measure of notoriety. It will suffice to note that the matter arose out of the purchase of land located in Ville La Salle by the Quebec Liquor Board, as it was known at the time. The newspaper *La Presse* denounced the purchase price in January 1966 as being too high.

37 confirmant (1917), 51 C.S. 349; *Monette c. Société St-Jean-Baptiste de Valleyfield* (1886), 30 L.C.J. 150; *Union St-Joseph de Montréal c. Lapierre* (1880), 4 R.C.S. 164; *Vancouver Real Estate Board c. Moscrop Realty Ltd.*, [1961] R.C.S. 418, (1960), 23 D.L.R. (2d) 21; *Wyman and Moscrop Realty Limited v. Vancouver Real Estate Board* (1959), 27 W.W.R. 476; *Philipzyk v. Edmonton Real Estate Board Co-operative Listing Bureau Ltd.* (1975), 55 D.L.R. (3d) 424; *Seafarers' International Union c. Stern*, [1961] R.C.S. 682: *White v. Kuzych*, [1951] A.C. 585; *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C.S. 436; *International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault* [1947], 1 D.L.R. 5; *Ville de Montréal c. De Montigny* (1910), 20 B.R. 49; *Vézina c. Corporation de la Ville de Mégantic* (1935), 39 R.P. 223; *Pilon c. Samson*, [1951] R.P. 321; *Corporation du village de Danville c. Lamarche*, [1953] B.R. 579; *Larichelière c. Hôpital Sainte Jeanne d'Arc de Montréal*, [1958] R.P. 194; *Corporation du Gaz Naturel du Québec c. Frank*, [1961] B.R. 792; *Ruel c. Banque Provinciale du Canada*, [1971] C.A. 343; *Lido Construction Inc. c. Crédit Sorel Inc.*, [1977] C.S. 926.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Robert Décary, pour l'appelant.

John J. Pepper, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Courtier en immeubles et membre associé de la Chambre d'Immeuble de Montréal (la *Chambre*), l'appelant en a été irrégulièrement suspendu en septembre 1967, et irrégulièrement expulsé en février 1968. Il s'agit de décider s'il y a prescription de l'action en dommages-intérêts qu'il a fait signifier à la *Chambre* en novembre 1971.

Dans un jugement fort élaboré, le premier juge fait le récit détaillé des circonstances qui ont donné lieu au litige. Il n'est pas nécessaire pour décider du pourvoi de les raconter de nouveau. Plusieurs ont du reste connu une certaine notoriété. Il suffira de rappeler leur genèse, soit l'acquisition de terrains situés à Ville La Salle par la Régie des alcools du Québec, comme on l'appelait à l'époque. Le prix d'achat, jugé trop élevé, fut dénoncé par le journal La Presse en janvier 1966. Une commis-

A commission of inquiry, headed by A. I. Smith J., was instituted by the government and submitted a report. The *Board*, for its part, set up an Ethics Committee to conduct its own inquiry. Appellant, who, had held options on this land, but who had not participated in the sale and received no commission, asked that the matter be cleared up and requested a hearing. He was invited to appear before the Ethics Committee of the *Board*. His appearance was postponed, which caused him considerable irritation. He then wrote a letter, which the trial judge described as a "violent attack", accusing a trust company and a director of the *Board* of collusion, and sent a copy of the letter to the newspapers. This letter was followed by several others. After a series of developments, this behaviour was held by the *Board* to be reprehensible and it first suspended appellant, then expelled him.

The action brought against the *Board* by appellant actually comprises two distinct recourses.

The first is, in the opinion of the trial judge, in the nature of a proceeding in *certiorari*: appellant sought to have his suspension and expulsion quashed, and asked to be reinstated as a member of the *Board* with all the rights, privileges and prerogatives he formerly enjoyed.

The second recourse is a claim in damages, which itself comprises two principal parts: first, appellant sought compensation for loss of income; he then sought to be compensated, *inter alia*, [TRANSLATION] "for professional, personal and social humiliation, physical and mental suffering . . ." which he alleged he had sustained. In his inscription in appeal to the Court of Appeal, he stated that this second item included the injury done to his [TRANSLATION] "professional, social and personal reputation".

The trial judge allowed the first recourse and dismissed the second.

On the first, he found that the directors of the *Board* had contravened certain sections of the *Board*'s by-law relating to the expulsion procedure, as for example by forming themselves into an ethics committee, thereby depriving appellant of

sion d'enquête, présidée par le juge A. I. Smith, fut instituée par le gouvernement et fit rapport. De son côté, la *Chambre* constitua un comité d'éthique aux fins de procéder à sa propre enquête. L'appelant, qui avait détenu des options sur ces terrains, sans la participation de qui la vente avait eu lieu et qui n'avait reçu aucune commission, réclamait que cette affaire fût éclaircie et il demanda à être entendu. Il fut invité à se présenter devant le comité d'éthique de la *Chambre*. Sa comparution fut remise, ce qui l'irrita profondément. Il écrivit alors une lettre que le premier juge qualifie d'«attaque violente», accusant de collusion une compagnie fiduciaire et un directeur de la *Chambre*, et il en fit tenir copie aux journaux. Cette lettre fut suivie d'un grand nombre d'autres. Après bien des péripéties, ce comportement fut jugé répréhensible par la *Chambre* qui suspendit l'appelant puis l'expulsa.

L'action intentée par l'appelant à la *Chambre* comporte effectivement deux recours distincts.

Le premier recours est, selon le premier juge, de la nature d'une procédure en *certiorari*: l'appelant y réclame l'annulation de sa suspension et de son expulsion, et il demande sa réintégration comme membre de la *Chambre*, avec tous les droits, privilèges et prérogatives qu'il possédait antérieurement.

Le second recours est la réclamation en dommages-intérêts qui comporte elle-même deux chefs principaux: l'appelant demande d'abord d'être indemnisé pour perte de revenus; il demande ensuite d'être dédommagé entre autres «pour les humiliations professionnelles, personnelles et sociales, les souffrances physiques et mentales . . .» qu'il soutient avoir subies. Dans son inscription en appel à la Cour d'appel, il précise que ce second chef comprend le tort causé à sa «réputation professionnelle, sociale, personnelle».

Le premier juge a accueilli le premier recours et rejeté le second.

Il a conclu, quant au premier, que les directeurs de la *Chambre* avaient contrevenu à certains articles du règlement de la *Chambre* relatifs à la procédure d'expulsion, par exemple en se constituant eux-mêmes en comité d'éthique, privant par

any right of appeal or review; he further held that the directors of the *Board* had violated the principles of natural justice by making no specific accusation, by prejudging the matter and by leaving appellant no time to defend himself. He accordingly quashed the suspension and expulsion of appellant and ordered that he be reinstated.

This part of the Superior Court judgment now has the force of *res judicata*. The *Board* initially appealed, but discontinued its appeal, and in August 1976, offered to admit appellant as an active member because, for reasons that will be examined below, it was no longer possible to reinstate him as an associate member. The Court was told at the hearing that appellant declined this offer, which he considered did not comply with the Superior Court judgment.

As to the claim in damages, the Superior Court held that it was prescribed in light of art. 2261(2) of the *Civil Code*:

The following actions are prescribed by two years:

. . .

2. For damages resulting from offences or quasi-offences, whenever other provisions do not apply.

The trial judge made the following observations in this regard:

[TRANSLATION] The damages concerned are claimed pursuant to the articles of the *Civil Code*, arts. 1053 *et seq.*, governing offences and quasi-offences. The acts which have given rise to the action in damages are plaintiff's improper suspension and expulsion by the Montreal Real Estate Board.

. . . It was necessary for plaintiff to legally institute his action for damages within two years from commission of the offences or quasi-offences alleged . . . He has allowed over three years to elapse before doing so.

Appellant took this portion of the Superior Court judgment before the Court of Appeal which disposed of it as follows:

CONSIDERING that the judgment appealed from correctly held that the action of the Plaintiff-Appellant was prescribed, doth

DISMISS the present appeal, with costs.

là l'appelant d'un droit d'appel ou de révision; il a jugé également que les directeurs de la *Chambre* avaient violé les principes de la justice naturelle en ne portant pas d'accusation spécifique, en préjugeant la question et en ne laissant pas à l'appelant le temps de se défendre. Il a donc annulé la suspension et l'expulsion de l'appelant et ordonné sa réintégration.

Cette partie du jugement de la Cour supérieure a maintenant force de chose jugée. La *Chambre* avait d'abord interjeté appel mais elle s'est désistée de son appel et, en août 1976, a offert à l'appelant de l'admettre en qualité de membre actif car, pour des raisons dont il sera question plus bas, il n'était plus possible de le réintégrer en qualité de membre associé. On nous a dit à l'audience que l'appelant avait décliné cette offre, ne la trouvant pas conforme au jugement de la Cour supérieure.

Quant au recours en dommages-intérêts, la Cour supérieure l'a jugé prescrit vu le par. 2 de l'art. 2261 du *Code civil*:

L'action se prescrit par deux ans dans les cas suivants:

. . .

2. Pour dommages résultant de délits et quasi-délits, à défaut d'autres dispositions applicables.

Voici comment le premier juge s'exprime à ce sujet:

Il s'agit de dommages réclamés en vertu des articles qui régissent les délits et quasi-délits, art. 1053 et s. du *Code civil*. Les actes qui peuvent avoir engendré le recours en dommages sont la suspension et l'expulsion irrégulières du demandeur de la Chambre d'Immeuble de Montréal.

. . . Il était nécessaire pour le demandeur de commencer légalement sa réclamation en dommages dans les deux ans de la commission des actes délictuels ou quasi-délictuels reprochés . . . Il a laissé s'écouler plus de trois ans avant de le faire.

L'appelant a entrepris cette partie du jugement de la Cour supérieure devant la Cour d'appel qui l'a débouté comme suit:

[TRADUCTION] ATTENDU que le jugement porté en appel a statué à bon droit que l'action du demandeur-appelant est prescrite,

REJETTE le présent appel avec dépens.

In view of their findings on prescription, neither the Superior Court nor the Court of Appeal undertook to liquidate the damages that may have been sustained by appellant.

Appellant obtained leave from this Court to appeal from the Court of Appeal decision on the following point:

[TRANSLATION] *Were the damages claimed entirely prescribed?*

This question comprises two sub-questions: (I) Are the damages claimed prescribed? (II) If not, are some of them prescribed?

I—Are the damages claimed prescribed?

Appellant contended that this question should be answered in the negative, and he put forward several submissions in support of his position and in opposition to the decision of the Court of Appeal and the judgment of the Superior Court. I shall only discuss one of these submissions which, in my opinion, is well founded and conclusive: the legal basis of appellant's action against the *Board* is the latter's breach of contractual obligations.

Unless the action in question is one of a commercial nature subject to five-yearly prescription under art. 2260(4) of the *Civil Code*, which clearly is not the case, such an action is prescribed after thirty years, under art. 2242:

All things, rights and actions the prescription of which is not otherwise regulated by law, are prescribed by thirty years, without the party prescribing being bound to produce any title, and notwithstanding any exception pleading bad faith.

It should be noted at once that no procedural obstacle exists to this contention. It is true that in paragraph 5 of his statement of claim, appellant, who prepared his pleadings himself and pleaded his own case in the Superior Court and in the Court of Appeal, stated [TRANSLATION] "that this action is based in part on articles 1053, 1054, 1057 and 1058 of the *Civil Code*". However, in paragraph 102 he also referred expressly to art. 2242, and alleged that his action cannot be regarded as prescribed. In this Court, counsel for the appellant asked for leave to amend the statement

Vu leurs conclusions sur la prescription, ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont procédé à la liquidation des dommages que l'appelant a pu subir.

L'appelant a obtenu de cette Cour l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel sur la question suivante:

Les dommages réclamés sont-ils entièrement prescrits?

Cette question en comprend deux: (I) Les dommages réclamés sont-ils prescrits? (II) Dans la négative, certains d'entre eux le sont-ils?

I—Les dommages réclamés sont-ils prescrits?

L'appelant maintient qu'il faut répondre à cette question par la négative et il invoque plusieurs moyens au soutien de sa position et à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel et du jugement de la Cour supérieure. Je ne discuterai que de l'un de ces moyens qui, à mon avis, doit être accueilli et qui est concluant: le fondement juridique du recours de l'appelant contre la *Chambre* est la violation par celle-ci d'obligations de nature contractuelle.

Or, à moins qu'il ne s'agisse d'une matière commerciale soumise à la prescription quinquennale suivant le par. 4 de l'art. 2260 du *Code civil*, ce qui n'est clairement pas le cas, un tel recours se prescrit par trente ans, en conformité de l'art. 2242:

Toutes choses, droits et actions dont la prescription n'est pas autrement réglée par la loi, se prescrivent par trente ans, sans que celui qui prescrit soit obligé de rapporter titre et sans qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi.

Disons tout de suite qu'il n'existe aucun obstacle procédural à ce moyen. Il est vrai qu'au paragraphe 5 de sa déclaration, l'appelant, qui a rédigé lui-même ses procédures et plaidé sa propre cause en Cour supérieure et en Cour d'appel, «déclare que cette poursuite est basée partiellement sur les articles 1053, 1054, 1057 et 1058 du *Code civil*». Mais au paragraphe 102 il réfère aussi expressément à l'art. 2242 et il allègue que sa poursuite ne peut être déclarée prescrite. Devant cette Cour, le procureur de l'appelant a demandé la permission d'amender la déclaration si nécessaire, et de plai-

of claim if necessary, and to plead expressly that the action is one in contract which is subject to a thirty-year prescription. Counsel for the respondent did not object to this motion, which I would in any case allow without hesitation if I felt it was necessary, which I do not.

The Superior Court identified as follows the acts alleged for which it blamed the *Board*:

[TRANSLATION] By-laws 56 to 66 of the Montreal Real Estate Board, applicable in September 1967 and January 1968 ...(titled "*Breach of By-laws, Code of Ethics, and so on*") ... were not complied with in plaintiff's case. The generally applicable rules of natural justice also were not observed.

The Superior Court and the Court of Appeal assumed, without saying why, that the breaches of these rules and by-laws amounted to an offence or a quasi-offence.

But this is not evident.

In order to characterize the breaches which the Superior Court found were committed by the *Board*, it is necessary to determine the nature of the rules and by-laws infringed in the context of the relations between a corporation like the *Board* and its members.

First, the provisions of the Title of Corporations of the *Civil Code*, such as art. 361, apply:

Every corporation has a right to make, for its internal government, for the order of its proceedings and for the management of its affairs, by-laws and regulations which its members are bound to obey, provided they are legally and regularly passed.

However, as these provisions are of an extremely general nature, it is also particularly important to examine the specific legislative provisions in accordance with which a body like the *Board* was incorporated, as well as the main by-laws of this corporation.

Certain preliminary observations must nonetheless be made regarding the Title of Corporations.

There is no similar title in the *Code Napoléon*. The corporation was not unknown to French law,

der expressément qu'il s'agit d'un recours contractuel soumis à la prescription de trente ans. Le procureur de l'intimée ne s'est pas opposé à cette requête que, de toutes façons, j'accorderais sans hésiter si je la jugeais nécessaire, ce qui n'est pas le cas.

La Cour supérieure identifie comme suit les actes qu'elle reproche à la *Chambre*:

Les règlements 56 à 66 de la Chambre d'Immeuble de Montréal en force au mois de septembre 1967 et au mois de janvier 1968 ...(intitulés «*Infractions au règlement et au Code d'éthique professionnelle, etc.*») ... n'ont pas été suivis dans le cas du demandeur. Les règles d'application générale de la justice naturelle n'ont pas été observées non plus.

La Cour supérieure et la Cour d'appel tiennent pour acquis, sans expliquer pourquoi, que la violation de ces règles et règlements équivaut à un délit ou quasi-délit.

Or il ne s'agit pas d'une évidence.

Pour qualifier les violations que la Cour supérieure reproche à la *Chambre*, il faut déterminer la nature des règles et règlements violés dans le contexte des rapports qui unissent à ses membres une corporation comme la *Chambre*.

Ce sont les dispositions du Titre des Corporations qui s'appliquent en premier lieu, tel l'art. 361 du *Code civil*:

Toute corporation a droit de faire pour la régie de sa discipline intérieure, pour la conduite de ses procédés et l'administration de ses affaires, des statuts et règlements auxquels ses membres sont tenus d'obéir, pourvu qu'ils soient légalement et régulièrement faits.

Mais comme ces dispositions sont d'un caractère extrêmement général, il faut aussi et surtout examiner les dispositions législatives particulières sous le régime desquelles un groupement comme la *Chambre* a été constitué en corporation, de même que les principaux règlements de cette corporation.

Quelques observations préliminaires s'imposent cependant au sujet du Titre des Corporations.

Il n'existe pas de titre semblable dans le *Code Napoléon*. La corporation n'était pas inconnue du

but it was apparently felt that this subject should properly be classified under administrative law.

It need hardly be mentioned that in Quebec administrative law is of English origin.

Furthermore, French law had not developed incorporation in all its forms for purely civil or commercial purposes for quite the same use as English law.

Finally, and this is the *Board*'s case, in Quebec, corporations fall under a number of different statutes, which are distinct from the *Civil Code* and which, for the most part, owe very little to French civil law.

It is accordingly not surprising that first the codifiers, and then the courts, have relied principally on English sources and authors, especially in connection with the creation of a legal or civil entity and its relationships with its members, rather than with the other members of society. Article 356 of the *Civil Code* is an illustration of this. It follows that while the civil law must be applied in the case at bar in so far as the rules of prescription as such are concerned, such as its commencement, interruption, suspension and, depending on whether the matter is one of contract or tort, its duration, reference may nonetheless be had to sources external to the civil law to decide whether the links between the *Board* and its members are of a contractual nature.

The *Board* is a company which, having no share capital, was incorporated pursuant to Part III of the *Companies Act*, R.S.Q., 1941, c. 276, now R.S.Q., 1977, c. C-38, s. 218, and in particular s. 214 of that Act, the first paragraph of which read as follows:

> The Lieutenant-Governor may, by letters patent under the Great Seal, grant a charter to any number of persons, not less than three, who apply therefor, for objects of a national, patriotic, religious, philanthropic, charitable, scientific, artistic, social, professional, athletic or sporting character, or the like, but without pecuniary gain.

The purposes of the *Board* are as follows:

droit français mais on estimait apparemment que ce sujet relevait plutôt du droit administratif.

Au Québec, est-il besoin de le rappeler, le droit administratif est d'origine anglaise.

D'autre part, le droit français n'avait pas fait de la constitution en corporation sous toutes sortes de formes pour des fins purement civiles ou commerciales le même usage que le droit anglais.

Enfin, et c'est le cas de la *Chambre*, les corporations tombent, au Québec, sous le régime de lois nombreuses et diverses, distinctes du *Code civil* et qui, pour la plupart, doivent très peu au droit civil français.

Aussi, ne faut-il pas s'étonner que les codificateurs et la jurisprudence à leur suite, s'inspirent principalement de sources et d'auteurs anglais, surtout lorsqu'il s'agit de la constitution d'un corps politique ou civil et de ses rapports avec ses membres plutôt qu'avec les autres membres de la société. L'article 356 du *Code civil* en est une illustration. Il s'ensuit que si c'est le droit civil qui doit recevoir application dans l'instance quant aux règles de la prescription proprement dite, telles son point de départ, son interruption, sa suspension et, selon qu'il s'agit de matière contractuelle ou délictuelle, sa durée, on peut recourir néanmoins à des sources extérieures au droit civil pour décider si les liens qui unissent la *Chambre* à ses membres sont ou non de nature contractuelle.

La *Chambre* est une compagnie sans capital-actions constituée en corporation en vertu de la troisième partie de la *Loi des compagnies*, S.R.Q. 1941, chap. 276, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-38, art. 218, et plus particulièrement de l'art. 214 de cette loi dont le premier alinéa se lisait comme suit:

> Le lieutenant-gouverneur peut, au moyen de lettres patentes, sous le grand sceau, accorder une charte à tout nombre de personnes, n'étant pas moindre que trois, qui demandent leur constitution en corporation sans intention de faire un gain pécuniaire, dans un but national, patriotique, religieux, philanthropique, charitable, scientifique, artistique, social, professionnel, athlétique ou sportif ou autre du même genre.

Les objets de la *Chambre* sont les suivants:

To establish and maintain the dignity and responsibility of the profession of a real estate agent; to generally improve the real estate business . . .(*Official Gazette of Quebec*, April 3, 1954, vol. 86, No. 14, at p. 1175.)

The By-laws of the *Board* state that its objects are: (1) to unite those engaged in the real estate business in Greater Montreal; (2) to provide a unified medium for real estate owners and those engaged in the real estate business generally whereby their collective and individual interests may be safeguarded; (3) to promote qualification and maintain the high standards of conduct among its members in their dealings with one another and with the public; (4) to protect and promote the welfare of real estate and real estate ownership and to encourage home ownership; (5) to ensure, by the rules and regulations, the highest standard of competence in the real estate business and to assist those seeking to enter the real estate field in qualifying themselves.

The *Board* has four classes of members, active members, affiliate members, associate members and honorary members. (Only the active member and associate member classes are important for the purposes of the case at bar.)

Active members are individuals, partnerships or corporations who are engaged in the real estate business in one of the following ways: buying, selling, exchanging, renting or leasing, managing and appraising, negotiating mortgage loans, for others and for remuneration.

Associate members are

. . . individuals who are employed by active or affiliate members. All such individuals who are salesmen in the employ of an active member must hold such licence as is required by law, and must become associate members of the Board and remain associate members during the period of their employment by such active member. Active members shall notify the Board of the names of all employees who are salesmen and the names of such new employees as they become employed, and shall be responsible for the payment of the annual fees and dues of such associate members.

Etablir et maintenir la dignité et la responsabilité de la profession d'agent d'immeubles; améliorer généralement les affaires du commerce de l'immeuble . . .(*Gazette officielle du Québec*, le 3 avril 1954, vol. 86, nº 14, à la p. 1175.)

Le règlement de la *Chambre* précise que la *Chambre* a pour objectifs: 1. d'unir entre elles les personnes qui s'adonnent au commerce de l'immeuble à Montréal; 2. de pourvoir les propriétaires d'immeubles et les commerçants en immeuble d'un centre d'appui pour la protection de leurs intérêts personnels et collectifs; 3. d'assurer la compétence et l'honnêteté professionnelle des membres de la *Chambre* dans leurs relations entre eux et avec le public; 4. de protéger et promouvoir le commerce de l'immeuble et d'encourager la propriété; 5. d'assurer par des statuts et règlements une pratique loyale du commerce de l'immeuble et de venir en aide aux aspirants qui désirent acquérir les connaissances nécessaires pour s'adonner au commerce de l'immeuble.

La *Chambre* compte quatre catégories de membres, les membres actifs, les membres affiliés, les membres associés et les membres honoraires. (Seules les catégories de membres actifs et de membres associés importent pour les fins du litige.)

Les membres actifs sont des individus, sociétés ou corporations exerçant le commerce de l'immeuble sous l'une ou l'autre des formes suivantes: l'achat, la vente, l'échange, la location, l'administration et l'évaluation, et le négoce de prêts hypothécaires, pour autrui contre rémunération.

Les membres associés sont

. . . des individus employés par des membres actifs ou affiliés de la Chambre. Tous les individus employés à titre de vendeurs par un membre actif devront détenir un permis d'exercer le commerce de l'immeuble tel que requis par la Loi, et devront devenir membres associés de la Chambre et le demeurer pendant toute la période de leur emploi chez ce membre actif. Les membres actifs devront faire part à la Chambre des noms de tous leurs vendeurs et de ceux de tous leurs nouveaux vendeurs au moment de leur entrée en fonctions, et seront responsables du paiement des cotisations annuelles et autres contributions de ces membres associés.

Associate members must take a course and pass an examination given by the *Board*, and undertake to comply with the by-laws, the Code of Ethics and all other regulations enacted by the *Board*.

Only active members are entitled to vote at general meetings, but members of the other classes may participate and sit on various *Board* committees.

The Schedule of Entrance Fees and Annual Dues provides that the dues

shall include, at the discretion of the Directors, dues required to maintain membership in the Canadian Association of Real Estate Boards and the Corporation of Real Estate Brokers of the Province of Quebec, or any comparable body, association, federation, etc.

One of the most attractive services offered by the *Board* is that of the "Multiple Listing Service". According to the Schedule of Entrance Fees and Annual Dues, this service is provided to those of the active members who pay entrance fees and additional annual dues. The importance of this service is indicated by the testimony of Larry Faust, of the firm Immeubles Larry Faust Cie Ltée (*Faust*). He stated that three-quarters of his business' sales result from the Multiple Listing Service and without it he would be obliged to close down.

Faust was an active member of the *Board*, and it was through his employment with him that appellant qualified as an associate member.

As a consequence of his suspension and expulsion from the *Board*, appellant necessarily lost his employment with Faust, which could not retain him in its employ without contravening the *Board*'s by-laws and exposing itself to expulsion. For the same reason, appellant was also prevented from entering the service of any other active member of the *Board*. He lost the access he would have had to the Multiple Listing Service through the intermediary of an active member. Finally, as he alleged, he was automatically excluded from the various associations of which he could only be a member through the *Board*, such as the Corpo-

Les membres associés doivent suivre un cours et réussir un examen donnés par la *Chambre* et s'engager à respecter les règlements, le code d'éthique professionnelle et toutes les autres dispositions édictées par la *Chambre*.

Seuls les membres actifs ont le droit de vote aux assemblées générales, mais les membres des autres catégories peuvent y participer et devenir membres des divers comités de la *Chambre*.

Le tableau des frais d'inscription et des cotisations annuelles prévoit que les cotisations

comprendront, à la discrétion des Directeurs, les cotisations nécessaires pour participer à l'Association Canadienne des Chambres d'Immeuble et à la Corporation des Courtiers en Immeubles de la Province de Québec et à toute autre société, association ou fédération semblable, etc.

L'un des services les plus appréciés offerts par la *Chambre* est le service d'inscriptions multiples («Multiple Listing Service»). Suivant le tableau des frais d'inscription et des cotisations annuelles, ce service est fourni à ceux des membres actifs qui paient des frais d'inscription et des cotisations annuelles supplémentaires. L'importance de ce service est révélée par le témoignage de Larry Faust, de la compagnie Immeubles Larry Faust Cie Ltée («*Faust*»). Il atteste que les trois quarts des ventes de son entreprise proviennent du service d'inscriptions multiples sans lequel il aurait été obligé de fermer boutique.

Faust était membre actif de la *Chambre* et c'est par son emploi chez ce dernier que l'appelant se qualifiait comme membre associé.

Par suite de sa suspension et de son expulsion de la *Chambre*, l'appelant perdait nécessairement son emploi chez *Faust* qui ne pouvait le garder à son service sans contrevenir aux règlements de la *Chambre* et s'exposer lui-même à l'expulsion. Pour la même raison, l'appelant se trouvait aussi empêché d'entrer au service de tout autre membre actif de la *Chambre*. Il perdait l'accès qu'il pouvait avoir au service d'inscriptions multiples par le truchement d'un membre actif. Enfin, selon ce qu'il allègue, il se voyait automatiquement exclu de diverses associations auxquelles il ne pouvait appartenir que par l'intermédiaire de la *Chambre*,

ration of Real Estate Brokers of the Province of Quebec, the Real Estate Institute of Canada, the Canadian Real Estate Association, the International Real Estate Federation of Paris and the Canadian Institute of Realtors; he alleged that the last exclusion deprived him of the right of using the title F.R.I., which made him a qualified appraiser.

However, it is important to note that the *Board* is in no way a professional corporation authorized to regulate and administer real estate brokerage. Under the *Real Estate Brokerage Act*, R.S.Q. 1964, c. 267, now R.S.Q. 1977, c. C-73, as amended in 1967 by *An Act to amend the Real Estate Brokerage Act*, 1966-67, 15-16 Eliz. II, c. 75, these functions belong exclusively to the Lieutenant-Governor in Council and to the Quebec Real Estate Brokerage Branch, an administrative agency which was at the time part of the Provincial Secretary's Department. Under this Act, and apart from certain exceptions, no one may act as a real estate broker or salesman without a permit issued by the Commission to persons who have the qualifications prescribed by the Lieutenant-Governor in Council by by-law, and who provide a broker's or salesman's security. A salesman's permit may only be obtained if the individual is employed by a broker who holds a permit or by a registered builder.

As a result of his suspension and expulsion from the *Board* and his dismissal from the *Faust* firm, appellant was apparently prevented from legally operating as a salesman, since he was no longer employed by a broker who held a permit, but from a strictly legal though not necessarily practical point of view he could have resumed the practice of his profession, either by obtaining a broker's permit or by entering as a salesman the employ of another broker who was not a member of the *Board*.

Appellant further alleged that he obtained a broker's permit in 1970, and that this permit was renewed for 1971 and 1972, but that this brokerage office did not succeed for lack of liquid assets. It was apparently because he held a brokers's

telles la Corporation des Courtiers en Immeubles de la Province de Québec, l'Institut Canadien de l'Immeuble, la «Canadian Real Estate Association», la Fédération Internationale des Administrateurs de Biens Conseils Immobiliers de Paris et le «Canadian Institute of Realtors»; cette dernière exclusion lui faisait perdre, soutient-il, le droit d'utiliser le titre F.R.I. qui le qualifiait comme évaluateur reconnu.

Il importe cependant de souligner que la *Chambre* ne constitue en aucune façon une corporation professionnelle chargée de réglementer et d'administrer le courtage immobilier. En vertu de la *Loi du courtage immobilier*, S.R.Q. 1964, chap. 267, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-73, modifiée en 1967 par la *Loi modifiant la Loi du courtage immobilier*, 1966-67, 15-16 Eliz. II, chap. 75, ces fonctions appartiennent exclusivement au lieutenant-gouverneur en conseil et au Service du courtage immobilier du Québec, organisme administratif relevant à l'époque du Secrétariat de la Province. Suivant cette loi, et sauf certaines exceptions, on ne peut agir comme courtier en immeubles ou vendeur qu'avec un permis délivré par la Commission aux personnes qui ont les qualités prescrites par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil et qui fournissent un cautionnement de courtier ou de vendeur. On ne peut obtenir de permis de vendeur que si l'on est à l'emploi d'un courtier détenteur de permis ou d'un constructeur inscrit.

Du fait de sa suspension et de son expulsion de la *Chambre* et de son congédiement de chez *Faust*, l'appelant s'est apparemment trouvé empêché d'agir légalement comme vendeur puisqu'il n'était plus à l'emploi d'un courtier détenteur de permis mais, d'un point de vue strictement légal sinon nécessairement pratique, il pouvait reprendre l'exercice de sa profession soit en obtenant un permis de courtier soit en entrant comme vendeur au service d'un autre courtier qui ne soit pas membre de la *Chambre*.

L'appelant allègue d'ailleurs qu'il a obtenu un permis de courtier en 1970 et que ce permis a été renouvelé pour les années 1971 et 1972 mais que son bureau de courtage n'avait pas produit, faute de liquidité. C'est apparemment parce qu'il déte-

permit in his own right that in 1976 the *Board* offered, as he requested in his statement, to make him an active and not an associate member; he was no longer employed by an active member.

The foregoing indicates that the *Board* does not belong to the category of political corporations or to that of professional corporations as such, which the legislator for reasons of public interest may invest with monopolies, on which he may confer privileges or to which he may delegate a true legislative authority, which may be effective not only against their members but with respect to the public—such as, for example, the power to prescribe a tariff of professional fees. The *Board* more closely resembles the type of voluntarily formed groups which, in English law, is known as "voluntary associations", such as social clubs, philanthropic, sports or even professional bodies, but the by-laws of which affect only members and apply only to them [TRANSLATION] "in a manner based on agreement and of a private nature": *Gagné v. Ouellet*[1] (at p. 107).

In the second volume of the *Traité de Droit Civil du Québec*, the author Gérard Trudel, correctly in my opinion, equates the by-laws of such corporations to provisions of a contractual nature. At pp. 482 and 483 he writes:

[TRANSLATION] In general, only the members of the corporation are subject to the by-laws and their consequences; they exist and have their authority merely by virtue of the application of a sort of contractual agreement; they are a type of adhesion contract . . .

Insubordination by a member equates to a breach of his contractual obligations to the corporation.

It could also be said that a breach by the corporation of its own by-laws equates to a breach of its contractual obligations to its members.

When an individual decides to join a corporation like the *Board*, he accepts its constitution and the by-laws then in force, and he undertakes an obligation to observe them. In accepting the constitution, he also undertakes in advance to comply with the

[1] [1958] R.L. 102.

nait un permis de courtier à son compte qu'en 1976 la *Chambre* lui a offert, comme il le demandait dans sa déclaration, de devenir membre actif et non pas membre associé: il n'était plus employé par un membre actif.

Ce qui précède démontre que la *Chambre* n'appartient pas à la catégorie des corporations politiques ou à celle des corporations professionnelles proprement dites, à qui le législateur, dans un but d'ordre public, peut confier des monopoles, conférer des privilèges ou déléguer un véritable pouvoir législatif susceptible d'avoir effet non seulement envers leurs membres, mais envers le public, tel par exemple, le pouvoir de prescrire un tarif d'honoraires professionnels. La *Chambre* s'apparente plutôt à ce type de groupements volontairement constitués, qu'en droit anglais on désigne sous le vocable de «voluntary associations» tels les clubs sociaux ou les groupements philanthropiques, sportifs ou même professionnels, mais dont les règlements ne concernent que leurs membres et ne s'appliquent qu'à eux, «d'une manière conventionnelle et privément»: *Gagné c. Ouellet*[1] (à la p. 107).

Dans le tome deuxième du *Traité de Droit Civil du Québec*, l'auteur Gérard Trudel assimile à juste titre selon moi les règlements de ces corporations à des dispositions de nature contractuelle. Il écrit, aux pp. 482 et 483:

En général les membres de la corporation seuls sont soumis aux règlements et à leurs conséquences; c'est une application simple d'un certain caractère contractuel qui préside à leur existence et à leur autorité; c'est une variété de contrat d'adhésion . . .

L'insubordination d'un membre équivaut à une violation de ses obligations contractuelles envers la corporation.

L'on pourrait ajouter que la violation de ses propres règlements par la corporation équivaut à une violation de ses obligations contractuelles envers ses membres.

Lorsqu'un individu décide d'adhérer à une corporation comme la *Chambre*, il accepte sa constitution et les règlements alors en vigueur et il contracte l'obligation de les observer. En acceptant la constitution, il s'engage aussi d'avance à obser-

[1] [1958] R.L. 102.

by-laws that shall subsequently be duly adopted by a majority of members entitled to vote, even if he disagrees with such changes. Additionally, he may generally resign, and by remaining he accepts the new by-laws. The corporation may claim from him arrears of the dues fixed by a by-law. Would such a claim not be of a contractual nature? What other basis could it have in these circumstances? In my view, the obligation of the corporation to provide the agreed services and to observe its own by-laws, with respect to the expulsion of a member as in other respects, is similarly of a contractual nature.

Might it be objected that the basis of these obligations is the law, and in particular the provision of art. 361 of the *Civil Code* to the effect that the members of a corporation are bound to obey its by-laws and regulations, provided they are legally and regularly made?

I do not believe this to be the case. For the members of this type of corporation, this provision merely states the rule that an individual is required to abide by his contracts. Further, the provision does not apply expressly to the corporation itself, which is nonetheless required to comply with its own by-laws. Finally, these obligations cannot result from the operation of law alone within the meaning of art. 1057 of the *Civil Code*, as that article applies to obligations which arise

without the intervention of any act, and independently of the will of the person obliged or of him in whose favour the obligation is imposed;

The adoption by the *Board* of its by-laws, and the undertaking to observe them by a member, are acts of the persons obliged and of the individual in whose favour the obligation is imposed.

Finally, could it be argued that while the obligation to comply with its own by-laws is in the nature of an agreement, that is not true for the obligation to observe the rules of natural justice? Such a division appears to me to be entirely artificial. It is true that the rules of natural justice are primarily of judicial origin, and they can in that sense be said to have their source in the law. However, the

ver les règlements qui seront régulièrement adoptés plus tard par la majorité des membres habiles à voter, et ce, même s'il n'est pas d'accord avec ces changements. D'ailleurs, il pourrait généralement démissionner alors qu'en restant il accepte les nouveaux règlements. La corporation pourrait lui réclamer en justice les arrérages de la cotisation fixée par règlement. Cette réclamation ne serait-elle pas de nature contractuelle? Quelle autre source pourrait-elle bien avoir en l'instance? Il me paraît que l'obligation de la corporation de fournir les services convenus et d'observer ses propres règlements, en ce qui concerne l'expulsion d'un membre comme à tous autres égards, est pareillement de nature contractuelle.

Pourrait-on objecter que la source de ces obligations est la loi et plus particulièrement la disposition de l'art. 361 du *Code civil* qui porte que les membres d'une corporation sont tenus d'obéir à ses statuts et règlements pourvu qu'ils soient légalement et régulièrement faits?

Je ne crois pas qu'il en soit ainsi. Pour les membres de ce genre de corporations, cette disposition ne fait qu'exprimer la règle qui veut que l'on soit tenu d'observer ses contrats. D'autre part, la disposition ne vise pas expressément la corporation elle-même qui est pourtant tenue de respecter ses propres règlements. Enfin, il ne peut s'agir d'obligations qui résultent de l'opération de la loi seule au sens de l'art. 1057 du *Code civil* car cet article vise les obligations qui naissent

sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée;

Or l'adoption de ses règlements par la *Chambre*, et l'engagement de les observer par un membre constituent des actes de la personne obligée et de celle en faveur de qui l'obligation est imposée.

Enfin, pourrait-on soutenir que si l'obligation de respecter ses propres règlements est de nature conventionnelle, il n'en va pas de même pour l'obligation de respecter les règles de la justice naturelle? Une telle division me paraîtrait tout à fait artificielle. Il est vrai que les règles de la justice naturelle sont principalement d'origine jurisprudentielle et l'on peut dire en ce sens qu'elles trou-

obligation which results could not be said to have its source in law solely (art. 1057 of the *Civil Code*). These rules do not change in nature when applied to contractual relations. Like the rules of contract, they represent supplementary law. If the agreement or the by-laws which have the nature of an agreement are silent on this point, then art. 1024 of the *Civil Code* is to be applied:

> The obligation of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

Relying solely on the enactments and on principle, therefore, I conclude that the rules and by-laws infringed by the *Board* are contractual in nature. The relatively rare precedents that are to be found on this or similar points tend in general to confirm this conclusion.

In *Beaudry v. Club St-Antoine*[2], the Court of Review invalidated the by-law of a club which, in order to compel certain classes of its life members to contribute to its debts, imposed an additional charge on them. The Court of Review cited Anglo-American doctrine and English cases, and as the basis for its decision, fully endorsed the theory that the by-laws of a club are of a contractual nature.

In a well-known case, *Club de la Garnison de Québec v. Lavergne*[3], affirming *Lavergne v. Club de la Garnison*[4], Lavergne, who had been expelled from the Garnison Club, a social club, had his expulsion cancelled on the ground, *inter alia*, that it was contrary to the club's by-law. At page 43, the Court of Appeal relied on an English decision and an English author, Weirtheimer, *Law relating to clubs*, 4th ed. Additionally, and though it was not necessary to decide whether the matter was one of contract or tort, the passages cited by the Court of Appeal place a clear emphasis on the contractual nature of the club's by-laws. The Superior Court, the judgment of which was affirmed

[2] (1901), 19 C.S. 452.
[3] (1918), 27 K.B. 37.
[4] (1917), 51 C.S. 349.

vent leur source dans la loi. Mais on ne saurait dire de l'obligation qui en découle qu'elle trouve sa source dans la loi seule (art. 1057 du *Code civil*). Lorsqu'elles s'appliquent à des relations contractuelles, ces règles n'en changent pas le caractère. Tout comme les règles des contrats, elles constituent du droit supplétif. Si la convention ou les règlements de nature conventionnelle sont silencieux sur ce point, il y a lieu d'appliquer l'art. 1024 du *Code civil*:

> Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

M'appuyant uniquement sur les textes et sur les principes, j'en arrive donc à la conclusion que les règles et règlements violés par la *Chambre* sont de nature contractuelle. La jurisprudence relativement peu abondante que l'on trouve sur la question ou sur des questions analogues tend généralement à confirmer cette conclusion.

Dans *Beaudry c. Club St-Antoine*[2], la Cour de révision invalide le règlement d'un club, qui pour forcer certaines catégories de ses membres à vie à contribuer à ses dettes, leur imposait une cotisation supplémentaire. La Cour de révision cite de la doctrine anglo-américaine et de la jurisprudence anglaise et, comme motif de sa décision, endosse résolument la théorie selon laquelle les règlements d'un club sont de nature contractuelle.

Dans une cause célèbre, *Club de la Garnison de Québec c. Lavergne*[3], confirmant *Lavergne c. Club de la Garnison*[4], Lavergne, qui avait été expulsé du Club de la Garnison, un club social, obtient l'annulation de son expulsion au motif, entre autres, que celle-ci est contraire au règlement du club. La Cour d'appel, à la p. 43, s'appuie sur un arrêt anglais et sur un auteur anglais, Weirtheimer, *Law relating to clubs*, 4e éd. Au surplus, et quoiqu'il n'ait pas été nécessaire de décider s'il s'agissait d'une matière contractuelle ou délictuelle, les passages cités par la Cour d'appel mettent clairement l'accent sur le caractère contractuel des règlements d'un club. La Cour supérieure

[2] (1901), 19 C.S. 452.
[3] (1918), 27 B.R. 37.
[4] (1917), 51 C.S. 349.

by the Court of Appeal on other grounds, stated squarely, at p. 353,

[TRANSLATION] that by becoming a member of the club, plaintiff became a party to the written contract or by-laws of the said club, binding him as well as all the other members.

This club, which had already existed as an association under the same name with a constitution and by-laws, was subsequently incorporated by a special Act of the Legislature, the *Act to incorporate the Association known as: "The Quebec Garrison Club"*, S.Q. 1880, 43-44 Vict., c. 84, s. 2 of which continued the constitution, rules and regulations of the Association. The courts did not consider that this legislative provision altered the contractual nature of the Association's by-laws.

In an earlier case, *Monette v. Société St-Jean-Baptiste de Valleyfield*[5], the contractual nature of the by-laws of the Société was also mentioned. Because of the way in which the case was drafted or reported, it is difficult to know whether that reference was based on the submissions made by the parties or an *obiter* of the Court, but no other theory was discussed.

Finally, in a decision of this Court preceding all the others, *Union St-Joseph de Montréal v. Lapierre*[6], Taschereau J., at p. 179, and Gwynne J. at pp. 182 and 183, apply the contractual theory, but it is true that the corporation in question was a mutual insurance society, in which the members had a patrimonial interest represented by their contributions.

As this aspect of the matter is not governed solely by civil law and is also affected by corporate law, we cannot pass over two cases which relate to matters in other provinces, but which are practically identical to the case at bar. They are, first, a decision of this Court, *Vancouver Real Estate Board v. Moscrop Realty Ltd.*[7], in which an action

[5] (1886), 30 L.C.J. 150.
[6] (1880), 4 S.C.R. 164.
[7] [1961] S.C.R. 418.

elle, dont le jugement a été confirmé pour d'autres motifs par la Cour d'appel, affirme carrément, à la p. 353

qu'en devenant membre du club, le demandeur est devenu partie au contrat écrit ou règlements dudit club l'obligeant aussi bien que tous les autres membres.

Or, ce club, qui existait déjà auparavant comme association sous le même nom avec une constitution et des règlements, avait été subséquemment constitué en corporation par une loi particulière de la Législature, *Acte pour constituer en corporation l'association connue sous le nom de «Le Club de la garnison de Québec»*, S.Q. 1880, 43-44 Vict., chap. 84, dont l'art. 2 continuait la constitution, les règles et règlements de l'association. Les cours n'ont pas considéré que cette disposition législative altérait le caractère contractuel des règlements de l'association.

Dans un arrêt antérieur, *Monette c. La Société St-Jean-Baptiste de Valleyfield*[5], il est également question du caractère contractuel des statuts de la Société. A cause de la façon dont l'arrêt est rédigé ou publié, il est difficile de savoir s'il s'agit de prétentions des parties ou d'un *obiter* de la cour mais aucune autre théorie n'est discutée.

Enfin, dans un arrêt de cette Cour qui précède tous ceux-là, *Union St-Joseph de Montréal c. Lapierre*[6], le juge Taschereau, à la p. 179, et le juge Gwynne aux pp. 182 et 183 souscrivent à la théorie contractuelle, mais il est vrai que la corporation en question était une société de secours mutuel dans laquelle les membres avaient un intérêt patrimonial constitué par leurs contributions.

Comme cet aspect du litige n'est pas régi par le seul droit civil et relève aussi du droit corporatif, on ne peut passer sous silence deux arrêts relatifs à des affaires d'autres provinces, mais pratiquement identiques à l'espèce. Il s'agit d'abord d'un arrêt de cette Cour, *Vancouver Real Estate Board c. Moscrop Realty Ltd.*[7] où une action en dommages

[5] (1886), 30 L.C.J. 150.
[6] (1880), 4 R.C.S. 164.
[7] [1961] R.C.S. 418.

for damages for the unlawful expulsion of an active member was allowed against a corporation similar to the *Board*. The by-laws of the "*Board*" were not complied with, and it was conceded in the Court of Appeal, in the course of an interlocutory proceeding, that the claim was based on the breach of a contractual obligation, *Wyman and Moscrop Realty Limited v. Vancouver Real Estate Board*[8], at p. 477. As may be seen from the final decision of the Court of Appeal, *Wyman v. Vancouver Real Estate Board*[9], at p. 22, the "Vancouver Real Estate Board" was incorporated pursuant to the *Societies Act*, R.S.B.C. 1948, c. 311, the provisions of which closely resemble those of Part III of the *Companies Act* under which the *Board* was established.

Vancouver Real Estate Board, supra, was followed by the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta in *Philipzyk v. Edmonton Real Estate Board Co-operative Listing Bureau Ltd.*[10], concerning the improper expulsion of an associate member of the "Board", which had been established pursuant to *The Co-operative Associations Act*, R.S.A. 1970, c. 67. This legislation differs in part from Part III of the *Companies Act*, in that it provides that members of the Corporation hold a share of stock which may be repurchased by the "Board" if the member is expelled. The Appellate Division relied heavily on the contractual theory.

The Court was also referred to several cases of expulsion from labour unions. The precedents in this area are more numerous. I have not referred to them: most of these cases deal with unions subject to very special provisions, which for example may participate in legal proceedings without enjoying legal personality, or exercise their powers in the context of a closed shop: *Seafarers' International Union v. Stern*[11]. I doubt that these cases can be applied other than by a somewhat remote analogy. However, it should be emphasized, to the extent that they can be applied, that in general they embody the theory that the relations between

[8] (1959), 27 W.W.R. 476.
[9] (1960), 23 D.L.R. (2d) 21.
[10] (1975), 55 D.L.R. (3d) 424.
[11] [1961] S.C.R. 682.

pour expulsion illégale d'un membre actif a été accueillie contre une corporation semblable à la *Chambre*. Les règlements du «*Board*» n'avaient pas été respectés et il avait été concédé dès la Cour d'appel, à l'occasion d'une procédure interlocutoire, qu'il s'agissait d'une réclamation fondée sur la violation d'une obligation contractuelle, *Wyman and Moscrop Realty Limited v. Vancouver Real Estate Board*[8], à la p. 477. Or, comme on peut s'en rendre compte par l'arrêt final de la Cour d'appel, *Wyman v. Vancouver Real Estate Board*[9], à la p. 22, le «Vancouver Real Estate Board» avait été constitué en corporation sous le régime du *Societies Act*, R.S.B.C. 1948, chap. 311, dont les dispositions ressemblent de près à celles de la troisième partie de la *Loi des compagnies* en vertu de laquelle la *Chambre* a été constituée.

L'arrêt *Vancouver Real Estate Board*, précité, a été suivi par la Division d'appel de la Cour suprême d'Alberta dans *Philipzyk v. Edmonton Real Estate Board Co-operative Listing Bureau Ltd.*[10] où il s'agissait de l'expulsion irrégulière d'un membre associé du «Board» lequel était constitué sous le régime de *The Co-operative Associations Act*, R.S.A. 1970, chap. 67. Cette législation diffère partiellement de la troisième partie de la *Loi des compagnies* en ce qu'elle prévoit que les membres de la Corporation ont une quote-part qui peut être rachetée par le «Board» si le membre est expulsé. La Division d'appel s'appuie fortement sur la théorie contractuelle.

On nous a également cité plusieurs arrêts relatifs à des cas d'expulsion de syndicats ouvriers. La jurisprudence est plus abondante dans ce domaine. Je n'y ai pas référé: la plupart de ces arrêts portent sur des syndicats soumis à des régimes bien particuliers qui, par exemple, peuvent ester en justice sans pour autant jouir de la personnalité juridique ou exercer leurs pouvoirs dans les cadres de l'atelier fermé: *Seafarers' International Union c. Stern*[11]. Je doute que ces arrêts puissent s'appliquer autrement que par une analogie plutôt lointaine. Il faut souligner cependant, dans la mesure où ils peuvent s'appliquer, qu'ils consacrent géné-

[8] (1959), 27 W.W.R. 476.
[9] (1960), 23 D.L.R. (2d) 21.
[10] (1975), 55 D.L.R. (3d) 424.
[11] [1961] R.C.S. 682.

a union and its members are contractual in nature: *White v. Kuzych*[12] and *Orchard v. Tunney*[13]. Only one decision of this Court appears to go in the opposite direction. This is *International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault*[14], an English translation of which has been published. An action in damages was allowed against the union for the dismissal of certain of its members. The Court characterized the remedy as a remedy in tort. The case is an isolated one, prior to *White v. Kuzych*, *supra*, and *Orchard v. Tunney*, *supra*, in which it is not mentioned. It cannot be regarded as based on special points of Quebec law, but it is possible that it can be explained by special aspects of procedure and the fact that the plaintiffs based their action on art. 1053 of the *Civil Code*: the plaintiffs' statement of claim contained an express allegation of malice and bad faith.

In my opinion the first question should be answered in the negative: the damages claimed are not prescribed.

II—Are some of the damages claimed prescribed?

This question was hardly dealt with in the pleadings and in the parties' submissions.

It arises from the fact that appellant has claimed damages not only for loss of income but also, *inter alia*, for injury to his reputation.

It is important to reproduce here exactly what appellant is claiming under this second head of damages.

One of the conclusions of his statement of claim reads as follows:

as damages, compensation, for the humiliations, professional, personal and social, for the privations social and otherwise, the physical and mental sufferings and aggravations, the bomb threats and other threats, the attempts to intimidate and the attempts to bodily harm, the harassment and the worry endured by his wife and himself, an additional sum of . . .

[12] [1951] A.C. 585.
[13] [1957] S.C.R. 436.
[14] [1947] 1 D.L.R. 5.

ralement la théorie selon laquelle les rapports entre un syndicat et ses membres sont de nature contractuelle: *White v. Kuzych*[12] et *Orchard c. Tunney*[13]. Un seul arrêt de cette Cour paraît aller en sens contraire. Il s'agit de *International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault*[14] dont une traduction anglaise a été publiée. Une action en dommages y est accueillie contre un syndicat pour le congédiement de certains de ses membres. La Cour qualifie le recours de recours délictuel. Il s'agit d'un arrêt isolé, antérieur à *White v. Kuzych*, précité, et à *Orchard c. Tunney*, précité, où il n'en est pas question. On ne peut croire qu'il soit fondé sur des particularités du droit québécois, mais il est possible qu'il s'explique par des particularités de procédure et par le fait que les demandeurs aient fondé leur recours sur l'art. 1053 du *Code civil*: la déclaration des demandeurs contenait une allégation expresse de malice et mauvaise foi.

Je suis d'avis de répondre à la première question par la négative: les dommages réclamés ne sont pas prescrits.

II—Certains des dommages réclamés sont-ils prescrits?

Il s'agit d'une question qui a été à peine effleurée dans les plaidoiries et les mémoires des parties.

Elle se pose du fait que l'appelant réclame des dommages non seulement pour perte de revenus mais également et entre autres pour atteinte à sa réputation.

Il importe ici de reproduire exactement ce que l'appelant réclame sous ce second chef de dommages.

L'une des conclusions de sa déclaration se lit comme suit:

en dédommagement pour les humiliations professionnelles, personnelles et sociales, les souffrances physiques et mentales, les menaces de bombe et de voies de faits, les voies de faits, les tentatives d'intimidation et de voies de faits, les dérangements, les harcèlements de toutes sortes endurées par son épouse et lui-même, une somme additionnelle de . . .

[12] [1951] A.C. 585.
[13] [1957] R.C.S. 436.
[14] [1947] 1 D.L.R. 5.

In his inscription in appeal in the Court of Appeal, he alleged that the trial judge dismissed his claim for damages

[TRANSLATION] not taking into account the almost irreparable harm done to his professional, social and personal reputation, and not taking into account the humiliation, privation and mental and physical suffering inflicted on, endured, by plaintiff's wife and plaintiff himself.

Finally, his inscription in appeal to the Court of Appeal also contained the following passage:

[TRANSLATION] These effects are ALL THE DAMAGES CAUSED, humiliation, privation, suffering, injury to professional, social and personal reputation, harm done to plaintiff-appellant, to his wife . . .

Opinion seems to be divided in the Quebec courts as to the nature of this type of damages. Some appear to think that such damages, in particular that resulting from injury to reputation, are necessarily delictual or quasi-delictual. If that were the case, this part of appellant's claim would be prescribed.

The problem raised by this distinction often arose in Quebec at the period when delictual or quasi-delictual actions could be brought before a jury, whereas claims in damages for the breach of non-commercial contracts could not be. A plaintiff who claimed damages for breach of a civil contract and for injury to his reputation, or for any other loss of this kind, was often met by a dilatory exception which, if it was allowed, obliged him to choose between these two actions, since it was held that they could not be brought in the same type of proceeding.

In *Ville de Montréal v. De Montigny*[15], the Court of Appeal, reversing a judgment given by the Superior Court without reasons, denied respondent a trial by jury with respect to a claim in damages for breach of a contract of service. The statement of claim included the allegation that respondent had been humiliated by the fact that, as he did not receive his expected salary, he had

[15] (1910), 20 Q.B. 49.

Dans son inscription en appel en Cour d'appel, il reproche au premier juge d'avoir rejeté sa réclamation en dommages

sans tenir compte du tort quasi-irréparable causé à sa réputation professionnelle, sociale, personnelle, sans tenir compte des humiliations, des privations, des souffrances, mentales et corporelles, subies, endurées par l'épouse du demandeur et le demandeur lui-même.

Enfin, son inscription en appel à la Cour d'appel contient également le passage suivant:

Ces effets sont TOUS LES DOMMAGES CAUSÉS, humiliations, privations, souffrances, tort à la réputation professionnelle, sociale, personnelle, torts au demandeur, appelant, à son épouse . . .

Or les avis semblent partagés dans la jurisprudence du Québec quant à la nature de cette sorte de dommages. Certains paraissent d'opinion que de tels dommages, particulièrement ceux qui résultent d'atteintes à la réputation, sont nécessairement délictuels ou quasi-délictuels. Si tel était le cas, cette partie de la réclamation de l'appelant serait prescrite.

Le problème soulevé par cette distinction se posait assez fréquemment au Québec à l'époque où les recours délictuels ou quasi-délictuels pouvaient être instruits dans un procès par jury tandis que les réclamations en dommages pour violation de contrats non commerciaux ne le pouvaient pas. Le demandeur qui réclamait des dommages pour violation de contrat civil et pour atteinte à sa réputation ou pour quelque autre préjudice de ce genre se voyait souvent opposer une exception dilatoire qui, si elle était accueillie, le forçait à opter entre ces deux recours puisque, disait-on, ceux-ci ne pouvaient être instruits par le même mode d'enquête.

Dans *Ville de Montréal c. De Montigny*[15], la Cour d'appel, infirmant un jugement non motivé de la Cour supérieure, refuse à l'intimé un procès par jury au sujet d'une réclamation en dommages pour violation d'un contrat de louage de services. La déclaration comportait l'allégation que l'intimé avait été humilié du fait que, n'ayant pas reçu le traitement espéré, il avait dû accepter une position

[15] (1910), 20 B.R. 49.

had to occupy a more modest social position. The Court held that the action was entirely in contract.

In *Vézina v. Corporation de la Ville de Mégantic*[16], Vézina claimed from the City, as a result of his dismissal, the sum of $15,000, namely $13,000 for breach of contract and loss of salary and $2,000 for [TRANSLATION] "damages inflicted on his person, his reputation and his honour". Surveyer J. of the Superior Court dismissed the City's dilatory exception, relying *inter alia* on the following reasons:

[TRANSLATION] Whereas plaintiff's action is based on a single cause: the cancellation of his contract of employment by defendant corporation;

Whereas whatever the nature of the damages claimed as a result of this breach of contract, they do not cease to be contractual damages;

Whereas whatever may be the legal consequences of this breach of contract, no part of the claim for damages is capable of being heard by a jury: *Cité de Montréal v. de Montigny*, 11 R. de P. 273; 20 Q.B. 49.

In *Pilon v. Samson*[17], two doctors had concluded one contract in which one doctor sold to the other a joint half of real property, and another contract relating to division of the use of this real property and to a monthly contribution to a common fund. By his action, plaintiff sought to have these two contracts rescinded because defendant had not complied with the agreed obligations. He also sought damages. Finally, the statement of claim contained the following allegation:

[TRANSLATION] 22. Plaintiff further suffered damages to his reputation, his work and his patients as a result of the breach by defendant of his obligations, and the words and actions and the unlawful and damaging conduct of defendant or his employees, acting in the performance of their duties, or persons for whom defendant was legally responsible, damages which plaintiff for the purposes of this action reduces to the sum of five thousand dollars ($5,000).

Gagné J., expressing the unanimous opinion of the Court of Appeal, commented on this allegation as follows, at pp. 325 and 326:

[16] (1935), 39 R.P. 223.
[17] [1951] R.P. 321.

sociale plus modeste. La cour tient que l'action est entièrement contractuelle.

Dans *Vézina c. Corporation de la Ville de Mégantic*[16], Vézina réclamait de la Ville, suite à son congédiement, la somme de $15,000, soit $13,000 pour violation de contrat et privation de salaire et $2,000 pour «dommages soufferts à sa personne, à sa réputation et à son honneur». Le juge Surveyer de la Cour supérieure rejette l'exception dilatoire de la Ville, invoquant entre autres, les motifs suivants:

Considérant que l'action du demandeur repose sur une cause unique: l'annulation de son contrat d'engagement par la corporation défenderesse;

Considérant que quelle que soit la nature des dommages réclamés par suite de cette rupture de contrat, ils ne cessent pas d'être des dommages contractuels;

Considérant que quelles que puissent être les conséquences légales de cette rupture de contrat, aucune partie de la réclamation de dommages-intérêts n'est susceptible d'être soumise à un jury: *Cité de Montréal v. de Montigny*, 11 R. de P. 273; 20 B.R. 49.

Dans *Pilon c. Samson*[17], deux médecins avaient conclu un premier contrat par lequel l'un vendait à l'autre la moitié indivise d'un immeuble et un autre contrat relatif au partage de la jouissance de cet immeuble et à une contribution mensuelle à un fonds commun. Par son action, le demandeur demande l'annulation de ces deux contrats parce que le défendeur aurait dérogé aux obligations convenues. Il demande également des dommages-intérêts. Enfin, la déclaration comporte l'allégation suivante:

22. Le demandeur a, de plus, souffert des dommages dans sa réputation, dans son travail et dans sa clientèle dûs à la violation par le défendeur de ses obligations et aux paroles, faits et gestes et conduite illégale et dommageable du défendeur ou de ses employés agissant dans l'exécution de leurs fonctions ou de personnes pour lesquelles le défendeur était légalement responsable, dommages que le demandeur réduit, pour les fins des présentes, à une somme de cinq mille dollars ($5,000).

Le juge Gagné, qui exprime l'opinion unanime de la Cour d'appel commente cette allégation comme suit, aux pp. 325 et 326:

[16] (1935), 39 R.P. 223.
[17] [1951] R.P. 321.

[TRANSLATION] . . . it would appear impossible legally to maintain that the facts alleged in paragraph 22 can be the basis of a trial by jury. There is no doubt that none of the parties could seek to obtain such a trial for damage to his reputation, and so on, as a result of the breach of his obligations by defendant. This is not a delictual matter, but clearly a matter of a departure from contractual obligations which have no commercial aspect.

There remain the words and actions and the unlawful and damaging conduct of defendant or his employees.

Plaintiff stated in his submission that only the words and actions of defendant relating to his obligations and to plaintiff's rights under the contracts were in question. It would have been preferable to say this in the statement of claim, although it is implied by the wording of paragraph 22.

In any case, no specific amount is claimed for the damage allegedly caused by these words and actions by defendant, which are said to be delictual in nature. In order to be entitled to a trial by jury, the sum claimed by the action must exceed $1,000, as a result, clearly, of one of the reasons mentioned in art. 421 C.C.P.

The Court of Appeal, reversing the judgment of the Superior Court, dismissed the dilatory exception made by defendant because an amount exceeding $1,000, for delictual damages is not claimed in paragraph 22.

The report of *Corporation du village de Danville v. Lamarche*[18] is brief to say the least, and even inaccurate. The complete text of this case discloses that it was a claim by the chief of police and of the firemen in the village. He had been hired for three years, but the contract provided that he could be dismissed earlier provided a certain sum of money was paid to him. He was dismissed and claimed this amount. However, he claimed additional compensation of $6,000 for the following reasons:

[TRANSLATION] The proceedings of defendant mentioned above, the defamatory misstatements made in its resolutions, the news of plaintiff's unjustified dismissal, in the circumstances related above, received wide publicity in the Danville region, and indeed throughout the province, and as a result plaintiff suffered considerable

[18] [1953] Q. B. 579.

. . . il me paraît impossible de soutenir juridiquement que les faits allégués au paragraphe 22 puissent donner lieu à un procès par jury. Il n'y a aucun doute qu'aucune des parties ne pourrait tenter d'obtenir un tel procès pour les dommages à la réputation, etc., dûs à la violation par le défendeur de ses obligations. Il ne s'agit pas là de délit mais bien de dérogation à des obligations contractuelles qui n'ont rien de commercial.

Il reste les paroles, faits et gestes, et conduite illégale et dommageable du défendeur ou de ses employés.

Le demandeur affirme, dans son mémoire, qu'il ne s'agit là que des paroles, faits et gestes du défendeur relatifs à ses obligations et aux droits du demandeur en vertu des contrats. Il eût été préférable de le dire dans la déclaration, quoique le texte du paragraphe 22 le laisse bien entendre.

A tout événement, pour les dommages qu'auraient causés ces paroles, faits et gestes du défendeur, et qui seraient de la nature de dommages délictuels, on ne réclame aucun montant précis. Or, pour avoir droit au procès par jury, il faut que la somme réclamée par l'action excède $1000, et cela évidemment pour une des raisons mentionnées à l'article 421 C.P.

La Cour d'appel, infirmant le jugement de la Cour supérieure, rejette l'exception dilatoire faite par le défendeur parce qu'au paragraphe 22, il n'est pas réclamé une somme dépasssant $1,000 pour dommages délictuels.

L'affaire *Corporation du village de Danville c. Lamarche*[18] est publiée de façon plus que sommaire et même inexacte. Le texte intégral de cet arrêt révèle qu'il s'agit d'une réclamation par le chef des policiers et pompiers du village. Il avait été engagé pour trois ans mais le contrat stipulait qu'il pouvait être renvoyé auparavant moyennant le paiement d'une certaine somme. Renvoyé, c'est cette somme qu'il réclame. Mais il réclame une indemnité additionnelle de $6,000 pour les motifs suivants:

Les procédés de la défenderesse mentionnés plus haut, les fausses déclarations diffamatoires mentionées dans ses résolutions, les nouvelles du congédiement injustifié du demandeur, dans les circonstances ci-haut relatées, a reçu (*sic*) une très grande publicité dans la région de Danville et même dans toute la province et le deman-

[18] [1953] B.R. 579.

damages to his property, honour and reputation, damages which amount to at least $6,000.

Marchand, Bissonnette and Rinfret JJ.A. were of the opinion that this claim was separate from the other, and that it was delictual in nature because it was based on an allegation of defamation. St-Jacques and Barclay JJ.A., dissenting, were not able to distinguish this case from *Pilon v. Samson*, *supra*.

In *Larichelière v. Hôpital Sainte Jeanne d'Arc de Montréal*[19], a doctor who was dismissed from the hospital's medical board in breach of a prior agreement sought to be reinstated and to be awarded damages. The damages claimed included damages for injury to the reputation and prestige of plaintiff, because of the publicity given to his dismissal, but it was not alleged that this publicity constituted a wrongful act distinct from the dismissal; it was related to the unlawful dismissal. Brossard J., then a judge of the Superior Court, made a thorough analysis of the question. He dismissed the dilatory exception by the hospital on the ground that the cause of action, so far as it related to damages, was essentially the fact of the dismissal. However, the case involved other complications resulting from the form of certain allegations, which need not be discussed here.

In *Corporation du Gaz Naturel du Québec v. Frank*[20], the Court of Appeal, reversing the Superior Court, allowed a dilatory exception: the plaintiff claimed damages for unlawful dismissal and other damages because his employer's manager had struck him in the head.

In *Ruel v. Banque Provinciale du Canada*[21], a case only reported in summary form, the question was also one of dismissal and damage to reputation, but the dismissal was held to be justified and lawful, and it was further held that the Bank had not wrongfully participated in the gossip and rumour that allegedly injured plaintiff's reputation.

[19] [1958] R.P. 194.
[20] [1961] Q.B. 792.
[21] [1971] C.A. 343.

deur, de ce fait, subit des dommages considérables dans ses biens, son honneur et sa réputation, lesquels dommages s'élèvent à la somme d'au moins $6,000.

Les juges Marchand, Bissonnette et Rinfret sont d'avis que cette réclamation est distincte de l'autre et qu'elle est de nature délictuelle parce que fondée sur une allégation de diffamation. Les juges St-Jacques et Barclay, dissidents, ne peuvent distinguer cette affaire de l'affaire *Pilon c. Samson*, précitée.

Dans *Larichelière c. Hôpital Sainte Jeanne D'Arc de Montréal*[19], un médecin renvoyé du bureau médical de l'hôpital en violation d'une entente préalable demande sa réintégration ainsi que des dommages-intérêts. les dommages réclamés comportaient des dommages pour atteinte à la réputation et au prestige du demandeur à cause de la publicité donnée au renvoi mais il n'était pas allégué que cette publicité constituait un fait fautif distinct du renvoi; elle était afférente au renvoi illégal. Le juge Brossard, alors juge de la Cour supérieure, fait une étude poussée de la question. Il rejette l'exception dilatoire de l'hôpital au motif que la cause d'action, en ce qui a trait aux dommages, est essentiellement le fait du congédiement. L'affaire comporte cependant d'autres complications dues à la forme de certaines allégations et dans lesquelles il n'est pas nécessaire d'entrer.

Dans *Corporation du Gaz Naturel du Québec c. Frank*[20], la Cour d'appel, infirmant la Cour supérieure, accueille une exception dilatoire: le demandeur réclamait des dommages pour congédiement illégal et d'autres dommages parce que le gérant de son employeur l'avait frappé à la tête.

Dans *Ruel c. Banque Provinciale du Canada*[21], arrêt dont seul un résumé est publié, il est également question de congédiement et de dommages à la réputation, mais le congédiement est jugé justifié et légal, et il est également jugé que la Banque n'a pas délictuellement participé aux commérages et rumeurs qui auraient pu porter atteinte à la réputation du demandeur.

[19] [1958] R.P. 194.
[20] [1961] B.R. 792.
[21] [1971] C.A. 343.

Finally, in *Lido Construction Inc. v. Crédit Sorel Inc.*[22], a judgment also reported in summary form, the Superior Court appears to have dismissed a claim for damages for injury to reputation because the action was based on contractual liability. However, this is probably an *obiter dictum*, because it was held that damages to reputation had not been established.

In short, there appears to be general agreement on the principle, although in some specific cases, such as *Corporation du village de Danville*, *supra*, application of the principle has resulted in difficulties of interpretation. In my opinion, the principle is most concisely stated by Surveyer J. in *Vézina*, *supra*; this is the principle applied by the Court of Appeal in *Pilon*, *supra*, and by the Superior Court in *Larichelière*, *supra*. If the damages claimed result from a single cause of action, which is the breach of a contractual obligation, the damages will be characterized as contractual damages and will only be prescribed after thirty years. If they result from several separate and independent causes of action, as was clearly the case in *Corporation du Gaz Naturel du Québec*, *supra*, they must be regarded as contractual or delictual depending on whether they originate in the breach of a contract or in an offence or quasi-offence, and they will be prescribed accordingly.

Applying these principles to the case at bar, I would say that the damages which appellant is claiming for injury to his professional, personal or social reputation, for humiliation, mental and even physical suffering, result from a single cause of action, his improper suspension and expulsion from the *Board*. They are associated with this suspension and expulsion, and do not result from any defamation or other separate offence. Accordingly, in my opinion the damages are not prescribed and appellant is entitled to them if they are established. Furthermore, such damages, especially the damages to professional reputation, may only be another way of designating a reduction or cessation of income caused, for example, by the loss of certain clients.

[22] [1977] C.S. 926.

Enfin, dans *Lido Construction Inc. c. Crédit Sorel Inc.*[22], jugement également publié sous forme de résumé, la Cour supérieure paraît écarter une réclamation en dommages pour atteinte à la réputation parce que l'action est fondée sur la responsabilité contractuelle. Mais il s'agit probablement d'un *obiter dictum* car on décide que les dommages à la réputation ne sont pas établis.

Bref, il semble y avoir accord général sur le principe même si, dans quelques cas particuliers, tel *Corporation du village de Danville*, précité, l'application du principe donne lieu à des difficultés d'appréciation. Ce principe, c'est à mon avis le juge Surveyer qui l'exprime de la façon la plus concise dans l'affaire *Vézina*, précitée; c'est ce principe que la Cour d'appel applique dans l'arrêt *Pilon*, précité, et la Cour supérieure dans l'affaire *Larichelière*, précitée. Si les dommages réclamés découlent d'une seule cause d'action qui est la violation d'une obligation de nature contractuelle, les dommages seront qualifiés de dommages contractuels et ne se prescriront que par trente ans. S'ils découlent de plusieurs causes d'action distinctes et autonomes comme c'est nettement le cas dans l'arrêt *Corporation du Gaz Naturel du Québec*, précité, ils doivent être qualifiés de contractuels ou de délictuels selon qu'ils trouvent leur source dans la violation d'un contrat ou bien dans un délit ou quasi-délit et ils se prescriront en conséquence.

Appliquant ces principes à l'espèce, je dirais que les dommages que l'appelant réclame pour atteinte à sa réputation professionnelle, personnelle ou sociale, pour humiliation, souffrance mentale et même physique, découlent d'une seule cause d'action, sa suspension et son expulsion irrégulières de la *Chambre*. Ils sont afférents à cette suspension et à cette expulsion et ne résultent pas de quelque diffamation ou autre délit distinct. Je suis donc d'avis que ces dommages ne sont pas prescrits et que l'appelant y a droit s'ils sont établis. D'ailleurs, de tels dommages, surtout les dommages à la réputation professionnelle, ne sont parfois qu'une autre façon de désigner une diminution ou une cessation de revenus causée par exemple par la perte de certains clients.

[22] [1977] C.S. 926.

On the other hand if, as appellant alleged, he suffered loss as a result of "bomb threats and other threats, the attempts to intimidate and the attempts to inflict bodily harm", in my opinion such damage is prescribed. This damage results from typical offences, which are separate causes of action and distinct from his suspension and expulsion by the *Board*.

So far as the damages which may have been suffered by appellant's wife are concerned, I think it is clear and therefore almost superfluous to note that appellant cannot claim these for her, quite apart from the question of prescription.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and that part of the judgment at trial which dismissed the appellant's claim in damages, and return the case to the Superior Court for the determination of the amount of the damages which the appellant may have sustained as a result of his suspension and expulsion from the Montreal Real Estate Board. The appellant is entitled to his costs in this Court and in the Court of Appeal. The costs relating to the claim in damages will be determined by the Superior Court.

Appeal allowed with costs and record returned to the Superior Court to determine the amount of the damages.

Solicitor for the appellant: Robert Décary (Counsel), Hull, Quebec.

Solicitors for the respondent: Campbell, Pepper, Laffoley, Montreal.

D'autre part, si l'appelant a, comme il le soutient, subi un préjudice par suite de «menaces de bombe et de voies de faits, voies de faits, tentatives d'intimidation et de voies de faits», de tels dommages sont à mon avis prescrits. Ces dommages découlent de délits caractérisés qui sont des causes d'action distinctes de sa suspension et de son expulsion de la *Chambre*.

Quant aux dommages que peut avoir subis l'épouse de l'appelant, il me paraît évident et par conséquent presque superflu de noter que l'appelant ne peut les réclamer pour elle, abstraction faite de la prescription.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et cette partie du jugement de la Cour supérieure qui rejette la réclamation en dommages de l'appelant, et de retourner l'affaire à la Cour supérieure afin qu'il y soit procédé à la liquidation des dommages que l'appelant a pu subir par suite de sa suspension et de son expulsion de la Chambre d'Immeuble de Montréal, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel. Il appartiendra à la Cour supérieure de statuer sur les dépens relatifs à la réclamation en dommages.

Pourvoi accueilli avec dépens et dossier retourné à la Cour supérieure pour liquidation des dommages.

Procureur de l'appelant: Robert Décary (avocat conseil), Hull, Québec.

Procureurs de l'intimée: Campbell, Pepper, Laffoley, Montréal.

Terrick Bullion *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen, represented by the Deputy Minister of Indian Affairs and Northern Development, and the Public Service Commission *Respondents.*

1980: November 12; 1980: December 18.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Public Service Commission Appeal Board — Eligibility for a closed competition restricted by reference to a minimum salary level — Error in law — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 13, 21 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

The appellant was excluded from a closed competition on the ground that he occupied a position in which the maximum rate of pay was less than the minimum prescribed in the competition. The Public Service Commission Appeal Board having dismissed his appeal brought pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*, he applied to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, to review and set aside that decision. The Federal Court of Appeal, by a majority of two to one (LeDain J. dissenting), dismissed the appellant's application. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The dissenting judge of the Federal Court of Appeal stated that the Commission in choosing the criterion of a minimum salary level without regard to the occupational nature of positions had adopted a criterion for restriction of eligibility that is not authorized by the *Public Service Employment Act* and therefore erred in law in not allowing the appeal on this ground. The reasons of the dissenting judge were sound in law and should be supported.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing an application to review a decision of the Public Service Commission Board.

[1] [1980] 2 F.C. 110.

Terrick Bullion *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine, représentée par le sous-ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et la Commission de la Fonction publique *Intimées.*

1980: 12 novembre; 1980: 18 décembre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique — Admissibilité à un concours restreint en fonction d'un niveau de salaire minimum — Erreur de droit — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 13 et 21 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

L'appelant a été exclu d'un concours restreint au motif qu'il occupait un poste dont le maximum de l'échelle de traitement était inférieur au minimum prescrit dans l'avis de concours. Un comité d'appel de la Commission de la Fonction publique a rejeté l'appel interjeté par l'appelant conformément à l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* et ce dernier a demandé à la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'examen et l'annulation de la décision. La Cour d'appel fédérale, par une majorité de deux contre un (le juge LeDain étant dissident), a rejeté la demande de l'appelant. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge dissident en la Cour d'appel fédérale a déclaré qu'en choisissant le critère du niveau de salaire minimum, sans tenir compte de la nature des fonctions des postes, la Commission a adopté un critère de restriction en matière d'admissibilité que la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* n'autorise pas. Par conséquent, elle a commis une erreur de droit lorsqu'elle a rejeté l'appel fondé sur ce moyen. Les motifs du juge dissident sont bien fondés en droit et doivent être retenus.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a rejeté une demande d'examen de la décision d'un comité d'appel de la

[1] [1980] 2 C.F. 110.

Appeal allowed.

Maurice Wright, Q.C., for the appellant.

David Sgayias, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant applied to the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to review and set aside a decision of an Appeal Board established by the Public Service Commission under the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, which had dismissed an appeal brought by the appellant pursuant to s. 21 of that Act.

In the spring of 1979, the Department of Indian Affairs and Northern Development held a closed competition for the position of Engineering and Works Manager (EG-ESS 9) (English). The competition poster provided that the competition was:

OPEN TO: Employees across Canada occupying positions in which the maximum rate of pay is not less than $22,600 per annum.

The applicant applied in the manner prescribed in the poster but was not allowed to participate in the competition on the ground that he occupied a position in which the maximum rate of pay was less than the prescribed minimum of $22,600.

The applicant contended that he was wrongfully excluded from the competition and that, as a consequence, no appointment should be made as a result of that competition. He rested his contention on two submissions, namely:

(1) that the provision limiting the right to participate in the competition to employees holding a position with a maximum rate of pay of at least $22,600 was invalid and contrary to the merit principle; and

(2) that, in any event, the Appeal Board had erred in finding that he occupied a position in which the maximum rate of pay was less than $22,600.

Commission de la Fonction publique. Pourvoi accueilli.

Maurice Wright, c.r., pour l'appelant.

David Sgayias, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant a demandé à la Cour d'appel fédérale, en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, l'examen et l'annulation de la décision d'un comité d'appel établi par la Commission de la Fonction publique en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, qui avait rejeté son appel interjeté conformément à l'art. 21 de cette loi.

Au printemps 1979, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a tenu un concours restreint pour le poste de Chef du génie et des travaux (EG-ESS 9) (anglais). L'avis indiquait qu'étaient admissibles au concours:

tous les employés au Canada qui occupent un poste dont le maximum de l'échelle de traitement est d'au moins $22,600 par an.

Le requérant a posé sa candidature de la manière prescrite dans l'avis, mais n'a pas été autorisé à participer au concours au motif qu'il occupait un poste dont le maximum de l'échelle de traitement était inférieur au minimum prescrit de $22,600.

Le requérant prétend qu'il a été illégalement exclu du concours et qu'en conséquence, aucune nomination ne devrait être faite suite à ce concours. Il fonde sa prétention sur deux moyens, savoir:

(1) que la disposition qui limite le droit de participer au concours aux seuls employés qui occupent un poste dont le maximum de l'échelle de traitement est au moins de $22,600, n'est pas valide et est contraire au principe du mérite; et

(2) qu'en tout état de cause, le comité d'appel a erré en déclarant qu'il occupe un poste dont le maximum de l'échelle de traitement est inférieur à $22,600.

The issue raised by the first submission was as to whether eligibility for a closed competition in the Public Service may be restricted by reference to a minimum salary level without reference to the occupational nature of positions in which candidates are employed.

The authority of the Public Service Commission to restrict eligibility for a closed competition is conferred by s. 13 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, as follows:

> 13. Before conducting a competition the Commission shall
>
> (*a*) determine the area in which applicants must reside in order to be eligible for appointment; and
>
> (*b*) in case of a closed competition, determine the part, if any, of the Public Service and the occupational nature and level of positions, if any, in which prospective candidates must be employed in order to be eligible for appointment.

The Federal Court of Appeal, by a majority of two to one, dismissed the appellant's appeal. LeDain J. dissented. The reasons delivered in the Federal Court of Appeal are reported in [1980] 2 F.C. 110. With leave, the appellant appealed to this Court. The appellant's argument before this Court was limited to the issue raised by his first submission.

In my opinion the reasons delivered, in dissent, by LeDain J. in respect of the first submission are sound in law and should be supported. He stated his conclusion as follows:

> ... The Commission has not directed its mind to the level of position, as it relates to occupational nature, at all. It has chosen the criterion of a minimum salary level without regard to the occupational nature of positions. In doing so it has in my opinion adopted a criterion for restriction of eligibility that is not authorized by the Act, and the Appeal Board erred in law in not allowing the appeal on this ground.

I would, therefore, allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and also the decision of the Public Service Commission Appeal Board. The appellant is entitled to

Le premier moyen soulève la question de savoir si l'admissibilité à un concours restreint dans la Fonction publique peut être limitée en fonction d'un niveau de salaire minimum, sans tenir compte de la nature des fonctions qu'occupent les candidats.

La Commission de la Fonction publique peut limiter l'admissibilité à un concours restreint en vertu de l'art. 13 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, dont voici le texte:

> 13. Avant de tenir un concours, la Commission doit
>
> *a*) déterminer la région où les postulants sont tenus de résider afin d'être admissibles à une nomination; et
>
> *b*) dans le cas d'un concours restreint, déterminer la partie, s'il en est, de la Fonction publique, ainsi que la nature des fonctions et le niveau des postes, s'il en est, où les candidats éventuels doivent obligatoirement être employés afin d'être admissibles à une nomination.

La Cour d'appel fédérale, par une majorité de deux contre un, a rejeté la demande de l'appelant. Le juge LeDain était dissident. Les motifs de jugement de la Cour d'appel fédérale sont publiés à [1980] 2 C.F. 110. Avec autorisation, l'appelant a formé un pourvoi devant cette Cour. La plaidoirie de l'appelant devant cette Cour ne porte que sur la question soulevée par son premier moyen.

A mon avis les motifs de dissidence du juge LeDain relativement au premier motif sont bien fondés en droit et doivent être retenus. Il formule sa conclusion comme suit:

> ... La Commission ne s'est pas du tout arrêtée au critère du niveau de poste, tel que celui-ci se rattache à la nature des fonctions. Elle a choisi le critère du niveau de salaire minimum, sans tenir compte de la nature des fonctions des postes. Ce faisant, elle a adopté, à mon avis, un critère de restriction en matière d'admissibilité que la Loi n'autorise pas. C'est pourquoi j'estime que le comité d'appel a erré en droit lorsqu'il a rejeté l'appel sur ce motif.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et la décision du comité d'appel de la Commission de la Fonction publique. Sa Majesté

his costs as against the Crown in this Court and in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Solicitor for the respondents: R. Tassé, Ottawa.

doit payer les dépens de l'appelant en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Procureur des intimées: R. Tassé, Ottawa.

Canada Employment and Immigration Commission *Appellant*;

and

Isaac Dallialian *Respondent.*

1980: January 30 and 31; 1980: June 3.

Present: Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Interpretation — Accrual of right — Retroactivity excluded — Unemployment insurance — Age of entitlement reduced — Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.) c. 48, ss. 31 (amended by 1974-75-76 (Can.) c. 80, s. 10) and 38 — Unemployment Insurance Entitlements Adjustment Act, 1976-1977 (Can.) c. 11, s. 2 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(c).

The issue arises by reason of an amendment to the *Unemployment Insurance Act*, which reduced the age of entitlement to benefits from 70 to 65 years and which took effect on January 1, 1976, at which time the respondent had attained the age of 65 but had not reached the age of 70 years. He had established a benefit period commencing July 13, 1975, at a time, therefore, when the Act provided for the payment of benefits until the attainment of the age of 70. The respondent received benefits during the period from July to December 1975. The Unemployment Insurance Commission considered that the amendment to the Act of January 1, 1976, terminated the right to benefits after the attainment of the age of 65 years and invited claimants in this situation to claim a pension under the Pension Plan. On February 1, 1976, the respondent received a pension under the Quebec Pension Plan which, by the statute as it existed prior to January 1, 1976, disentitled the respondent to receive further benefits. The respondent's maximum benefit period of fifty-one weeks expired on July 6, 1976. The respondent attained the age of 70 years on December 18, 1976. The appellant paid the respondent benefits from July 13, 1975, to February 1, 1976. The Board of Referees and the Umpire confirmed this decision. The Federal Court of Appeal set aside the decision and directed that the matter be returned to the Commission for determination in accordance with the law as it existed from and after January 1, 1976, in accordance with its interpretation holding that the entitlement age and receipt of the pension were not causes for refusal of benefits to a claimant who was over 65 years of age on January 1, 1976.

La Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada *Appelante*;

et

Isaac Dallialian *Intimé.*

1980: 30 et 31 janvier; 1980: 3 juin.

Présents: Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Interprétation — Droit acquis — Rétroactivité exclue — Assurance-chômage — Limite d'âge d'admissibilité abaissée — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.) chap. 48, art. 31 (modifiée par 1974-75-76 (Can.) chap. 80, art. 10), et 38 — Loi sur l'examen de certains cas d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage, 1976-77 (Can.) chap. 11, art. 2 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 35c).

Le litige provient d'une modification de la *Loi sur l'assurance-chômage*, entrée en vigueur le 1er janvier 1976, qui a abaissé de 70 à 65 ans la limite d'âge de l'admissibilité aux prestations. A cette date, l'intimé avait déjà plus de 65 ans mais n'avait pas encore 70 ans. Il avait établi une période de prestations qui a commencé le 13 juillet 1975, à un moment, donc, où la Loi prévoyait le versement de prestations jusqu'à l'âge de 70 ans. L'intimé a reçu des prestations de juillet à décembre 1975. La Commission d'assurance-chômage a considéré que la modification de la Loi, le 1er janvier 1976 avait mis fin au droit d'une personne de recevoir des prestations dès qu'elle avait atteint l'âge de 65 ans et invité les prestataires dans cette situation à réclamer une rente en vertu du Régime de rentes. Le 1er février 1976, l'intimé a acquis le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec, ce qui, aux termes de la Loi antérieure au 1er janvier 1976, rendait l'intimé inadmissible à d'autres prestations. Le 6 juillet 1976, la période maximum de 51 semaines pendant laquelle les prestations pouvaient être versées à l'intimé, prenait fin. Le 18 décembre 1976, l'intimé atteignait l'âge de 70 ans. L'appelante a versé à l'intimé des prestations du 13 juillet 1975 au 1er février 1976. Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont confirmé cette décision. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision et ordonné que l'affaire soit renvoyée à la Commission pour qu'elle statue conformément au texte législatif comme il se lit depuis le 1er janvier 1976 selon son interprétation d'après laquelle la limite d'âge et la réception de la rente n'étaient pas des causes de refus des prestations dans le cas d'un prestataire qui avait plus de 65 ans le 1er janvier 1976.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson, Estey and Chouinard JJ.: There are four possible terminal dates for the payment of benefits to the respondent under the Act: (a) January 1, 1976, because the respondent then being over 65 was ineligible to receive payments under the Act as it was in force from and after that date; (b) February 1, 1976, when a retirement pension became payable to the respondent under the Quebec Pension Plan which was a disqualifying event under the statute prior to the amendment; (c) July 6, 1976, with the expiry of the benefit period; (d) December 18, 1976, the respondent's seventieth birthday, as prescribed by the Act prior to the amendment. Date (a) cannot be retained, for the amendment clearly refers to those who will attain the age of sixty-five in the future. Date (d) cannot be retained, for the statute before and after the 1976 amendment limits benefits to a fifty-one week period. The issue therefore narrows down to whether or not the entitlement to receipt of a Quebec pension terminates benefits effective February 1, 1976, even though this disqualification was removed from the Act with effect January 1, 1976. To construe the statute as entitling the respondent to benefits beyond February 1, 1976, would be to attribute to the amending Act a greater entitlement to a person over 65 years of age than such a person had under the Act prior to the amendment notwithstanding that the clear purpose of the amendment was to terminate entitlement of the earlier age of 65. It is reasonable to read the new s. 31 of the Act as having been adopted by Parliament in the light of s. 35(*c*) of the *Interpretation Act*: when read together, the amending Act and the *Interpretation Act* continue the benefit assured to the respondent under the pre-1976 Act for the month of January 1976 but leave him subject to the disqualification of s. 31(3)(*b*) of the Act as it stood prior to the amendment. Therefore, the respondent's right to benefits came to an end on January 31, 1976, when a retirement pension became payable to him under the Quebec Pension Plan. On the other hand, the 1977 *Unemployment Insurance Entitlements Adjustment Act* does not apply to the present proceedings, as the respondent did not have his "entitlement to benefit terminated" by reason of the new statute but by reason of the pre-existing law.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Dickson, Estey et Chouinard: Il y a quatre dates possibles auxquelles, en vertu de la Loi, les prestations d'assurance-chômage devaient cesser d'être versées à l'intimé, savoir: a) le 1er janvier 1976, parce que, à cette date, l'intimé, ayant déjà plus de 65 ans, devenait inadmissible aux prestations conformément aux dispositions de la Loi entrées en vigueur à cette date; b) le 1er février 1976, soit la date à laquelle l'intimé a acquis le droit de recevoir une pension de retraite en vertu du Régime de rentes du Québec, ce qui le rendait inadmissible à des prestations en vertu de la Loi telle qu'elle existait avant l'adoption de la modification; c) le 6 juillet 1976, soit à la fin de la période de prestations; d) le 18 décembre 1976, soit le soixante-dixième anniversaire de naissance de l'intimé, comme le prescrivait la Loi comme elle se lisait avant la modification. La date (a) ne peut être retenue, parce que la modification ne s'applique qu'aux personnes qui atteindront l'âge de 65 ans dans le futur. La date (d) ne peut être retenue parce que le texte législatif, après la modification de 1976 comme auparavant, restreint la période de prestations à une durée de 51 semaines. Par conséquent, la question se résume à savoir si le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec met fin au versement de prestations à compter du 1er février 1976, même si cette cause de déchéance a été retranchée de la Loi à partir du 1er janvier 1976. Interpréter le texte législatif de façon à rendre l'intimé admissible à des prestations au-delà du 1er février 1976 aurait pour effet de conférer aux personnes âgées de plus de 65 ans une admissibilité plus étendue en vertu de la loi modificatrice que celle dont elles disposaient en vertu de la Loi comme elle existait avant la modification. Il est juste de considérer que le Parlement a adopté le nouvel art. 31 de la Loi en tenant compte de l'al. 35*c*) de la *Loi d'interprétation*. Lues de concert, la loi modificatrice et la *Loi d'interprétation* permettent à l'intimé de continuer à recevoir pour le mois de janvier 1976 les prestations auxquelles il avait droit en vertu de la Loi comme elle existait avant 1976 tout en l'assujettissant à la cause de déchéance prévue à l'al. 31(3)*b*) de la Loi comme elle existait avant la modification et ce, nonobstant le but manifeste et la portée évidente de la modification qui sont de mettre fin au droit des prestataires à un âge moins avancé soit à 65 ans. Par conséquent, le droit de l'intimé aux prestations a pris fin le 31 janvier 1976 lorsqu'il a acquis le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec. Par contre, la *Loi sur l'examen de certains cas d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage* de 1977 ne s'applique pas aux présentes procédures, puisque l'inadmissibilité de l'intimé aux prestations ne découle pas de cette nouvelle loi mais de la loi antérieure.

Per Pigeon and Beetz JJ.: The conclusion of Estey J. on the interpretation of the legislative provisions is unassailable. Moreover, the Umpire in the case at bar correctly concluded that the claimant had no remedy for the injury caused to him by the appellant's actions. While it must be admitted that the courts are strictly required to apply the law as written, it is regrettable that the claimants were left without remedy for an obvious injustice. It is illogical to relieve the claimants, by means of a special statute, from their failure to appeal in time because the Commission misled them as to the effect of the statute, and not to relieve them also from the forfeiture due to the pension application which it urged them to make for the same reason. These claimants were unfairly deprived of the difference between the pension and the benefit, but only Parliament could still remedy their situation.

Bell Canada v. Earl Palmer, [1974] 1 F.C. 186; *In re Kleifges*, [1978] 1 F.C. 734; *McDoom v. Minister of Manpower and Immigration*, [1978] 1 F.C. 323; *Martinoff v. Gossen*, [1979] 1 F.C. 327, [1979] 1 F.C. iv; *Danias Gervais*, (Nov. 12, 1976) CUB 4417; *Minister of National Revenue v. Gustavson Drilling (1964) Ltd.*, [1972] F.C. 92 and 1193, [1977] 1 S.C.R. 271; *M.N.R. v. Inland Industries Limited*, [1974] S.C.R. 514, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], setting aside the decision of the Umpire[2]. Appeal allowed.

Paul M. Ollivier, Q.C., and *Jean-Marc Aubry*, for the appellant.

Jean Barrière, for the respondent.

English version of the reasons of Pigeon and Beetz JJ. delivered by

PIGEON J.—I have had the advantage of reading the opinion of Estey J. His conclusion on the interpretation of the legislative provisions in question I find unassailable. I also note that it agrees with the view expressed by Addy J., sitting as Umpire in *Danias Gervais*[3], relying on the judgment of Cattanach J. in *Minister of National*

[1] [1979] 1 F.C. 686.
[2] CUB 5007, June 14, 1978.
[3] CUB 4417, (Nov. 12, 1976).

Les juges Pigeon et Beetz: La conclusion du juge Estey sur l'interprétation des dispositions législatives est inattaquable. Le juge-arbitre en la présente affaire a par ailleurs correctement conclu que le prestataire était sans recours pour le préjudice que lui a causé le comportement de l'appelante. Mais tout en reconnaissant que les juges sont rigoureusement tenus d'appliquer la loi comme elle est écrite, il y a lieu de regretter que l'on se soit ainsi trouvé à laisser sans remède une injustice manifeste. Il est illogique de relever, par une loi spéciale, les prestataires de leur défaut d'avoir soulevé leur grief en temps utile parce que la Commission les a induits en erreur sur l'effet de la loi et ne pas les relever également de la déchéance résultant de la demande de rente qu'elle les a incités à faire pour la même raison. Ces prestataires ont été injustement privés de la différence entre la rente et la prestation, mais seul le Parlement pourrait encore remédier à leur situation.

Jurisprudence: *Bell Canada c. Earl Palmer*, [1974] 1 C.F. 186; *In re Kleifges*, [1978] 1 C.F. 734; *McDoom c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1978] 1 C.F. 323; *Martinoff c. Gossen*, [1979] 1 C.F. 327, [1979] 1 C.F. iv; *Danias Gervais*, (12 nov. 1976) CUB 4417; *Ministre du Revenu national c. Gustavson Drilling (1964) Ltd.*, [1972] C.F. 92 et 1193, [1977] 1 R.C.S. 271; *M.R.N. c. Inland Industries Limited*, [1974] R.C.S. 514.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], infirmant la décision du juge-arbitre[2]. Pourvoi accueilli.

Paul M. Ollivier, c.r., et *Jean-Marc Aubry*, pour l'appelante.

Jean Barrière, pour l'intimé.

Les motifs des juges Pigeon et Beetz ont été rendus par

LE JUGE PIGEON—J'ai eu le privilège de prendre connaissance de l'opinion du juge Estey. Sa conclusion sur l'interprétation des dispositions législatives en question me paraît inattaquable. Je note d'ailleurs qu'elle rejoint celle qu'a donnée le juge Addy siégeant comme arbitre dans l'affaire de *Danias Gervais*[3] en se fondant sur le jugement

[1] [1979] 1 C.F. 686.
[2] CUB 5007, 14 juin 1978.
[3] CUB 4417, (12 nov. 1976).

Revenue v. Gustavson Drilling (1964) Ltd.[4]

I must also agree that Marceau J., sitting as Umpire in the case at bar[5], correctly concluded that the claimant had no remedy for the injury caused to him by the actions of the Commission. He described this injury and excluded it from consideration as follows:

> First, it is criticized for having given the claimants only the bare information that it had decided to stop payments when the amendment came into force, omitting to give any reason, or to notify the persons concerned of their right to contest the decision. Next, it is pointed out that the Commission itself urged the claimants to claim their due from the Quebec Pension Board, and was therefore directly responsible for creating the situation that was held against them. Lastly, surprise is expressed that beginning in 1977, the Commission had rendered decisions imposing retroactive disentitlement on grounds which they had long known existed.

It is clear that the conduct of the Commission and the actions of its officers have some extremely regrettable aspects which could well be invoked to cause the flood of sympathy for the claimants that I have already mentioned. But I fail to see how they can be the basis for arguments with any legal weight. The Commission is a body whose role is strictly to administer the Act, and the rights of individuals under the Act cannot result solely from the Commission's conduct, however deserving of criticism or however regrettable such conduct may be. Certainly it is true that the Commission, like any other government body, could be held responsible for making good damage caused by its mistakes and those of its officers, but such an obligation would follow from the application of the principles of administrative responsibility: it could not be invoked in order to contravene the provisions of the very Act the Commission had been created to administer. No one disputes that the Commission committed an error of interpretation, but it was a pardonable error and one made in good faith. The notices it sent to the claimants were brief, but were amplified later, and the officers gave advice unstintingly and with the best intentions to those who consulted

[4] [1972] F.C. 92, affirmed [1972] F.C. 1193, affirmed [1977] 1 S.C.R. 271.

[5] CUB 5007, (June 14, 1978),

du juge Cattanach dans *Ministre du revenu national c. Gustavson Drilling (1964) Ltd.*[4]

Je dois également reconnaître que le juge Marceau, siégeant comme juge-arbitre en la présente affaire[5], a correctement conclu que le prestataire était sans recours pour le préjudice que lui a causé le comportement de la Commission. Ce préjudice il le décrit et l'écarte comme suit:

> On lui reproche d'abord de n'avoir informé que très laconiquement les prestataires de sa décision d'arrêter les paiements au moment de la mise en vigueur de l'amendement, omettant, ce faisant, de motiver sa façon de voir et d'informer les intéressés de leur droit de contester. On souligne ensuite qu'elle a, elle-même, incité les prestataires à réclamer leur dû auprès de la Régie des rentes du Québec, se rendant ainsi directement responsable de la création de cette situation invoquée contre eux. On s'étonne enfin qu'elle ait pu, à partir de janvier 1977, se fondant sur un motif dont elle connaissait fort bien l'existence depuis longtemps déjà, prononcer des décisions d'inadmissibilité auxquelles elle donnait effet rétroactif.

Il est clair que le comportement de la Commission et les gestes posés par ses officiers ont des aspects éminemment regrettables qu'on peut facilement évoquer pour éveiller en faveur des prestataires cette sympathie dont j'ai parlé. Mais je ne vois pas comment on en pourrait tirer ici des arguments à portée juridique. La Commission est un organisme dont le rôle est strictement d'administrer la loi et les droits des individus en vertu de cette loi ne sauraient résulter de son seul comportement aussi critiquable et regrettable qu'il soit. Sans doute est-il vrai que la Commission, comme tout organisme public, pourrait être tenue de répondre des dommages causés par ses gestes fautifs et ceux de ses officiers, mais son obligation résulterait alors de l'application des principes de responsabilité administrative: on ne pourrait s'en réclamer pour transgresser les dispositions de la Loi pour l'administration de laquelle elle a été créée. Personne ne conteste que la Commission ici a commis une erreur d'interprétation, mais son erreur était fort excusable et elle l'a commise de bonne foi; ses avis aux prestataires étaient laconiques, mais ils furent par la suite complétés et les conseils donnés par ses officiers à ceux qui s'adressaient à elle furent prodigués avec la

[4] [1972] C.F. 92, confirmé [1972] C.F. 1193, confirmé [1977] 1 R.S.C. 271.

[5] CUB 5007, (14 juin 1978).

them; it invoked, after the event, a reason for disentitlement which it had long known to exist, but it had no choice, seeing that it was then responsible for determining, with the help of new light thrown on the matter by the decision of Addy J., what rights—both retroactively and in the future—the claimants could exercise; it held against these claimants a situation which it had created itself—but one that was none the less real and could not be disregarded. At all events, whether the conduct of the Commission is excusable or not, whether the way it proceeded is understandable or not, it is certain that, however regrettable its actions may have been, they may not be invoked as the source of rights under the *Unemployment Insurance Act*.

As Marceau J. noted, following upon the decision of Addy J., Parliament adopted a special statute to remedy the injustice caused to claimants who had lost their rights by submitting to the erroneous decision of the Commission to treat those rights as extinguished by s. 31 of the *Unemployment Insurance Act* which came into force on January 1, 1976. Here again, I have to approve the reasoning of Marceau J. on this point:

> The Act of May 9, 1977 is very brief; its entire substance is contained in one section, the significant parts of which read as follows:
>
> 2. Notwithstanding section 102 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, the Unemployment Insurance Commission shall consider the entitlement to benefit of any person, whether or not he has appealed any decision relating thereto, who . . .
>
> (*a*)
>
> (*b*)
>
> (*c*)
>
> and shall calculate the amount of money, if any, to which that person is entitled under the provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, as that Act read prior to January 1, 1976, and pay that amount to him.

In the claimant's view, Parliament's intention in passing this unusual Act was to restore to them a right of which they had been unjustly deprived. In the eyes of the Commission, Parliament was confirming that the entitlement to benefit in the cases referred to was to be considered according to the provisions of the Act as they read before January 1, 1976. In my opinion, neither the claimants nor the Commission can find in the May 9,

meilleure intention; elle a invoqué après coup un motif d'inadmissibilité qu'elle connaissait depuis longtemps, mais elle n'avait pas le choix, tenue qu'elle était à ce moment de déterminer, à l'aide de l'éclairage nouveau apporté par la décision du juge Addy, les droits dont pouvaient se prévaloir les prestataires, et ce tant pour le passé que pour l'avenir; elle a opposé à ces derniers une situation qu'elle avait elle-même suscitée, mais cette situation n'en était pas moins réelle et ne pouvait être ignorée. De toute façon, que l'on excuse ou non le comportement de la Commission, que l'on comprenne ou non sa façon de procéder, il est certain que les gestes qu'elle a posés, aussi regrettables qu'ils aient été, ne peuvent être invoqués comme ayant été source de droits en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage* elle-même.

Comme l'a rappelé le juge Marceau, le Parlement, à la suite de la décision du juge Addy, a voté une loi spéciale destinée à remédier à l'injustice causée aux prestataires qui se trouvaient à avoir perdu leurs droits en s'inclinant devant la décision erronée de la Commission de les tenir pour éteints par l'art. 31 de la *Loi sur l'assurance-chômage* entrée en vigueur le 1er janvier 1976. Là encore je ne puis qu'endosser sur ce point le raisonnement du juge Marceau:

> Cette loi du 9 mai 1977 est très succincte; elle contient en somme un seul article de substance dont les propositions importantes se lisent comme suit:
>
> 2. Par dérogation à l'article 102 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, la Commission d'assurance-chômage doit examiner l'admissibilité aux prestations de toute personne qui a ou non interjeté appel d'une décision à ce sujet, et . . .
>
> *a*)
>
> *b*)
>
> *c*)
>
> et elle doit calculer la somme éventuellement due à cette personne aux termes de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* telle qu'elle était rédigée avant le 1er janvier 1976 et la lui verser.

Pour les prestataires, le Parlement entendait par son intervention exceptionnelle leur redonner un droit qui leur avait été dénié injustement. Pour la Commission, le Parlement confirmait que le droit aux prestations dans les cas visés devait être considéré selon les dispositions de la Loi telles qu'elles existaient avant le 1er janvier 1976. A mon avis, ni les prestataires ni la Commission ne peuvent trouver dans cette loi du 9 mai 1977 l'appui

1977 Act the conclusive support they are looking for. If Parliament had wanted to give a definite decision in the claimants' favour it would not have merely restored to them a right of appeal which allowed them to have their entitlement reconsidered. On the other hand, if Parliament had wanted to confirm definitively that the said entitlement was required to be considered according to section 31(1) as it used to read, it is difficult to understand why its sole mention of the old version of the Act was in reference to calculating the "amount of money, if any, to which that person is entitled". Perhaps it is simply a question of wording—perhaps the reference to the old version of the Act covered at one and the same time the determination of entitlement and the calculation of the amount of benefit, but this is a case where doubt ought to militate against an automatic, unquestioning decision. Moreover, it is quite understandable that, while wanting to restore the right of appeal and put an end to all discussion about the benefit rate, Parliament had no wish to act as substitute, in the matter of entitlement determination, for the general principles that apply when current legislation conflicts with previous legislation.

While admitting that the courts are strictly required to apply the law as written and may not depart from the clear meaning of the provisions enacted by Parliament in order to give effect to a presumed intention which is not expressed I cannot but express regret that the claimants were thus left without remedy for an obvious injustice. I cannot believe that the special statute was adopted merely to the end that claimants in Dallialian's situation, instead of being prevented from appealing the Commission's decision, be allowed to do so only to have the umpire tell them that they are without a remedy, because the Commission acted in good faith in advising them that they were no longer entitled to benefits and urging them to apply for the retirement pension which they would lose if they did not claim it. It is illogical to relieve the claimants from their failure to appeal in time because the Commission misled them as to the effect of the statute, and not to relieve them also from the forfeiture due to the pension application which it urged them to make for the same reason. However, this is how these claimants were unfairly deprived of the difference between the pension and the benefit. Their situation is obviously quite different from that of the industrialist who failed to obtain the anticipated tax benefits in issue in

décisif qu'ils y recherchent. Si le Parlement avait voulu donner définitivement raison aux prestataires, il ne se serait pas limité à leur redonner un droit d'appel leur permettant de faire réexaminer leur éligibilité. En revanche, si le Parlement avait voulu confirmer d'autorité que cette éligibilité devant être examinée selon l'article 31(1) tel qu'il existait auparavant, on voit mal pourquoi il aurait parlé de l'ancienne loi uniquement à propos du «calcul de la somme éventuellement due». Il s'agit peut-être uniquement d'une question de forme, la référence à l'ancienne loi visant tout à la fois la détermination de l'éligibilité et le calcul des prestations, mais c'est un cas où le doute devrait jouer à l'encontre d'une décision aveugle automatique. On pourrait d'ailleurs très bien comprendre que tout en voulant réouvrir le droit d'appel et mettre fin à toute discussion relativement au taux des prestations, le Parlement n'ait pas voulu se substituer, pour la détermination de l'éligibilité, aux principes généraux applicables en matière de conflit de loi dans le temps.

Tout en reconnaissant que les juges sont rigoureusement tenus d'appliquer la loi comme elle est écrite et ne peuvent s'écarter du sens clair des dispositions décrétées par le Parlement en donnant effet à une intention présumée qui n'y est pas exprimée, je ne puis m'abstenir d'exprimer le regret que l'on se soit ainsi trouvé à laisser sans remède une injustice manifeste. Je me refuse à croire que l'on a voté la loi spéciale à seule fin que les prestataires dans la situation de *Dallialian*, au lieu d'être empêchés de soumettre leur grief, aient la possibilité de le faire seulement pour entendre l'arbitre leur dire qu'ils sont sans recours parce que c'est de bonne foi que la Commission leur a dit qu'ils n'avaient plus droit aux prestations et les a incités à demander la rente de retraite qu'ils perdaient s'ils ne la réclamaient pas. En effet, il est illogique de relever les prestataires de leur défaut d'avoir soulevé leur grief en temps utile parce que la Commission les a induits en erreur sur l'effet de la loi et ne pas les relever également de la déchéance résultant de la demande de rente qu'elle les a incités à faire pour la même raison. C'est cependant ainsi que ces prestataires ont été privés injustement de la différence entre la rente et la prestation. Leur situation est évidemment bien différente de celle de l'industriel déçu dans son

M.N.R. v. Inland Industries Limited[6]. These claimants are employees who were entitled to rely on the information which a government agency properly considered it had a duty to provide them. Parliament considered that their situation ought to be remedied, and it is for Parliament to decide whether it is now too late to do so effectively.

I therefore conclude as Estey J. that the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal should be reversed and the decision of the Umpire should be restored. In accordance with the terms of the order granting leave, the appellant will pay respondent's costs as between solicitor and client.

The judgment of Dickson, Estey and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal which sets aside under s. 28 of the *Federal Court Act* a decision of an Umpire sitting on an appeal from a decision of the Unemployment Insurance Commission on an application for benefits under the *Unemployment Insurance Act*, hereinafter referred to as the Act. The issue arises by reason of an amendment to the Act enacted in 1976 which reduced the age of entitlement to benefits from 70 to 65 years and which took effect on January 1, 1976, at which time the respondent had attained the age of 65 but had not reached the age of 70 years. It will be helpful to set out the relevant parts of the statute before and after the amendment in question.

UNEMPLOYMENT INSURANCE ACT

S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 31

31. (1) Notwithstanding section 19, an initial benefit period shall not be established for a claimant if at the time he makes an initial claim for benefit

(*a*) He is seventy years of age or over, or

(*b*) a retirement pension has at any time become payable to him under the *Canada Pension Plan* or *Quebec Pension Plan*.

AMENDMENT being S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 10

10. Section 31 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:

"31. (1) Notwithstanding section 19, an initial benefit period shall not be established for a claimant if at the time he makes an initial claim for benefit he is sixty-five years of age or over.

(2) An insured person who makes a claim for benefit and proves that he

(*a*) is sixty-five years of age or over,

[6] [1974] S.C.R. 514.

attente d'obtenir les avantages fiscaux dont il est question dans l'arrêt *M.N.R. c. Inland Industries Limited*[6]. Il s'agit ici de simples employés qui étaient en droit de se fier aux renseignements que l'administration publique se considère à bon droit tenue de leur fournir. Le Parlement a jugé qu'il y avait lieu de remédier à leur situation et il lui appartient de décider s'il est trop tard pour le faire effectivement.

Je conclus donc comme le juge Estey qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge-arbitre. Suivant la condition de l'autorisation, l'appelante devra payer les dépens de l'intimé sur la base avocat-client.

Version française du jugement des juges Dickson, Estey et Chouinard.

LE JUGE ESTEY—Le présent pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui, sous l'autorité de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, a infirmé une décision d'un juge-arbitre qui siégeait en appel d'une décision rendue par la Commission d'assurance-chômage sur une demande de prestations présentée conformément à la *Loi sur l'assurance-chômage*, ci-après appelée la Loi. Le litige provient d'une modification de la Loi édictée en 1976 qui fait passer l'âge de l'admissibilité aux prestations de 70 à 65 ans. Cette modification est entrée en vigueur le 1er janvier 1976. A cette date, l'intimé avait déjà plus de 65 ans mais n'avait pas encore atteint 70 ans. J'estime utile d'énoncer les dispositions pertinentes du texte de loi en cause, soit l'article antérieur à la modification et l'article de remplacement.

LOI SUR L'ASSURANCE-CHÔMAGE

S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 31

31. (1) Nonobstant l'article 19, une période initiale de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire si, au moment où il formule une demande initiale de prestations,

a) il est âgé de soixante-dix ans ou plus, ou

b) il a déjà acquis le droit de percevoir une pension ou rente de retraite en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou du *Régime de rentes du Québec*.

MODIFICATION, S.C. 1974-75-76, chap. 80, art. 10

10. L'article 31 de ladite loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«31. (1) Nonobstant l'article 19, une période initiale de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire si, au moment où il formule une demande initiale de prestations, il est âgé de soixante-cinq ans ou plus.

(2) Un assuré qui présente une demande de prestations et qui prouve

a) qu'il est âgé d'au moins soixante-cinq ans,

[6] [1974] R.C.S. 514.

(2) When a major attachment claimant who is seventy years of age or over or to whom a retirement pension has at any time become payable under the *Canada Pension Plan* or *Quebec Pension Plan* makes an initial claim for benefit and an initial benefit period would otherwise be established for him, an amount equal to three times the weekly rate of benefit at the rate applicable to him under section 24 shall forthwith be paid to him and section 23 does not apply in respect of the claimant.

(3) Any benefit period established for a claimant under this Part if not earlier terminated under this Part, terminates at the end of the week in which

(*a*) he attains the age of seventy years, or

(*b*) a retirement pension at any time becomes payable to him under the *Canada Pension Plan* or *Quebec Pension Plan*,

whichever first occurs.

(*b*) has had twenty or more weeks of insurable employment

(i) in the fifty-two week period immediately preceding the week in which he makes the claim, or

(ii) in the period between the commencement date of his last initial benefit period and the week in which he makes the claim,

whichever period is the shorter, and

(*c*) has not previously been paid an amount under this subsection as it now reads or as it read before January 1, 1976,

shall, subject to sections 48 and 49, be paid an amount equal to three times the weekly rate of benefit provided under section 24.

(3) Subsections (2) to (5) of section 18 apply to the period mentioned in subparagraph (i) of paragraph (*b*) of subsection (2) with such modifications as the circumstances require.

(4) Any benefit period established for a claimant under this Part, if not earlier terminated under this Part, terminates at the end of the week in which he attains the age of sixty-five years.

(5) If the total benefit paid to a major attachment claimant in a benefit period terminated under subsection (4) is less than an amount that is equal to three times the weekly rate of benefit payable to him in that benefit period, that claimant shall, subject to sections 48 and 49 but notwithstanding any other provision of Part II, be paid benefit at the weekly rate of benefit payable to him in that benefit period for the number of weeks that is required to ensure that the total benefit paid to him in respect of that benefit period is not less than the aforementioned amount."

(2) Lorsqu'un prestataire de la première catégorie qui est âgé de soixante-dix ans ou plus ou qui a déjà acquis le droit de percevoir une pension ou rente de retraite en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou du *Régime de rentes du Québec* formule une demande initiale de prestations qui, sans cela, ferait établir à son profit une période initiale de prestations, une somme égale à trois fois le taux des prestations hebdomadaires qui lui est applicable en vertu de l'article 24 doit immédiatement lui être versée et l'article 23 ne s'applique pas au prestataire.

(3) Toute période de prestations établie au profit d'un prestataire aux termes de la présente Partie expire, si elle ne s'est pas terminée plus tôt en vertu de la présente Partie, à la fin de la semaine

a) au cours de laquelle il atteint soixante-dix ans, ou

b) au cours de laquelle il acquiert le droit de percevoir une pension ou rente de retraite en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou du *Régime de rentes du Québec*, si cette semaine est antérieure à la semaine visée à l'alinéa *a*).

b) qu'il a exercé un emploi assurable pendant au moins vingt semaines

(i) pendant la période de cinquante-deux semaines qui précède la semaine où il présente sa demande, ou

(ii) pendant la période comprise entre le début de sa dernière période initiale de prestations et la semaine où il présente sa demande, si cette dernière est plus courte, et

c) qu'il n'a pas déjà perçu une somme en vertu du présent paragraphe (version actuelle ou antérieure au 1er janvier 1976),

doit recevoir, sous réserve des articles 48 et 49, un montant égal à trois fois le taux des prestations hebdomadaires applicable en vertu de l'article 24.

(3) Les paragraphes (2) à (5) de l'article 18 s'appliquent, *mutatis mutandis*, à la période mentionnée au sous-alinéa (i) de l'alinéa *b*) du paragraphe (2).

(4) Une période de prestations établie au profit d'un prestataire en vertu de la présente Partie se termine à la fin de la semaine où il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou à une date antérieure si la présente Partie le prévoit.

(5) Si le total des prestations versées à un prestataire de la première catégorie au cours d'une période de prestations prenant fin en vertu du paragraphe (4) est inférieur au produit obtenu en multipliant par trois le taux des prestations hebdomadaires qui lui est applicable pendant cette période de prestations, le prestataire a droit, sous réserve des articles 48 et 49 mais nonobstant toute autre disposition de la Partie II, à des prestations calculées au taux hebdomadaire qui lui est applicable pendant cette période de prestations pendant le nombre de semaines nécessaire pour que le total des prestations qui lui sont versées pendant cette période de prestations soit au moins égal à ce produit.»

The sequence of events giving rise to this appeal can be summarized as follows:

1. The respondent was born on December 18, 1906, and accordingly attained the age of 65 on December 18, 1971, and the age of 70 on December 18, 1976.

La série d'événements à l'origine du présent pourvoi peut se résumer comme suit:

1. L'intimé est né le 18 décembre 1906. Il a donc eu 65 ans le 18 décembre 1971 et 70 ans le 18 décembre 1976.

2. The respondent established via the procedure prescribed by the Act a benefit period commencing July 13, 1975.

3. At the time when the respondent's benefit period was established, the Act provided for the payment of benefits until the attainment of the age of 70.

4. The respondent received benefits during the period from July to December 1975.

5. With effect January 1, 1976, the above-noted amendment to the *Unemployment Insurance Act* terminated the right to benefits after the attainment of the age of 65 years.

6. On February 1, 1976, the respondent received a pension under the Quebec Pension Plan which, by the statute as it existed prior to January 1, 1976, disentitled the respondent to receive further benefits under the Act.

7. The respondent's maximum benefit period under the statute expired on July 6, 1976, being a fifty-one week period (s. 38 of the Act).

8. The respondent attained the age of 70 years on December 18, 1976.

There are four possible terminal dates for the payment of benefits to the respondent under the Act:

(*a*) Benefits end January 1, 1976, because the respondent then being over 65 was ineligible to receive payments under the Act as it was in force from and after that date.

(*b*) benefits end on February 1, 1976, when a retirement pension became payable to the respondent under the Quebec Pension Plan which was a disqualifying event under the statute as it existed prior to the amendment.

(*c*) Benefits end on July 6, 1976, with the expiry of the benefit period.

(*d*) Benefits expire on December 18, 1976, the respondent's seventieth birthday, as pre-

2. L'intimé a établi, au moyen de la procédure prévue par la Loi, une période de prestations qui a commencé le 13 juillet 1975.

3. A l'époque où la période de prestations a été établie au profit de l'intimé, la Loi prévoyait le versement de prestations jusqu'à l'âge de 70 ans.

4. L'intimé a reçu des prestations de juillet à décembre 1975.

5. La modification précitée de la *Loi sur l'assurance-chômage* qui a pris effet le 1er janvier 1976 met fin au droit d'une personne de recevoir des prestations dès qu'elle atteint l'âge de 65 ans.

6. Le 1er février 1976, l'intimé a acquis le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec ce qui, aux termes de la Loi comme elle existait avant le 1er janvier 1976, rendait l'intimé inadmissible à d'autres prestations conformément à la Loi.

7. La période maximum pour laquelle les prestations pouvaient être versées à l'intimé conformément à la Loi a pris fin le 6 juillet 1976, à la fin, donc, d'une période de 51 semaines (art. 38 de la Loi).

8. L'intimé a eu 70 ans le 18 décembre 1976.

Il y a quatre dates possibles auxquelles, en vertu de la Loi, les prestations d'assurance-chômage devaient cesser d'être versées à l'intimé, savoir,

a) le 1er janvier 1976: parce que, à cette date, l'intimé, ayant déjà plus de 65 ans, devenait inadmissible aux prestations conformément aux dispositions de la Loi entrées en vigueur à cette date;

b) le 1er février 1976, soit la date à laquelle l'intimé a acquis le droit de recevoir une pension de retraite en vertu du Régime de rentes du Québec, ce qui le rendait inadmissible à des prestations en vertu de la Loi telle qu'elle existait avant l'adoption de la modification;

c) le 6 juillet 1976, soit à la fin de la période de prestations;

d) le 18 décembre 1976, soit le soixante-dixième anniversaire de naissance de l'intimé, comme

scribed by the Act prior to the amendment.

The Commission paid the respondent the benefits to which he was entitled under the Act from the commencement of the benefit period in July 1975 until receipt of the Quebec Pension February 1, 1976. The Board of Referees and the Umpire have confirmed this decision. The Federal Court of Appeal has set aside the decision of the Umpire and directed that the matter be returned to the Commission for determination in accordance with the law as it existed from and after January 1, 1976, and in particular directed thaf the accrual of the right to receipt of a Quebec pension was, after the effective date of the amendment, no longer a disqualifying event. It should be noted that the Chief Justice of the Court of Appeal has indicated that the Umpire's decision confirmed a decision of the Commission that the respondent was not entitled to benefits after January 1976 and this, while somewhat ambiguous, must be read as agreeing with Pratte J. who wrote the reasons for the court below and who stated that the decision of the Commission, confirmed on appeals to the Board of Referees and the Umpire, continued the benefits payable to the respondent until accrual of the right to receive the Quebec pension on January 31, 1976. Pratte J. in reaching his conclusion that benefits did not terminate at the end of January 1976 stated:

However, careful reading of this provision, which was enacted on January 1, 1976, shows that it applies exclusively to persons who reach the age of sixty-five years after that date, and not to those who, like the applicant, reached it long before.

The reason for the Umpire's decision is that, like other Umpires before him, he felt that when the Commission established a benefit period for an insured person that person thereby acquired a right to the period thus established, the length and conditions of which should therefore normally be governed by the Act as it existed at the time the period was established. In my view, this is incorrect. The establishment of a benefit period does not give rise to any right. It is only a

le prescrivait la Loi comme elle se lisait avant la modification.

La Commission a versé à l'intimé les prestations auxquelles il avait droit en vertu de la Loi depuis le début de la période de prestations, soit juillet 1975, jusqu'au moment où il a commencé à recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec, soit le 1er février 1976. Le conseil arbitral et le juge-arbitre ont confirmé cette décision. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge-arbitre et ordonné que l'affaire soit renvoyée à la Commission pour qu'elle statue conformément au texte législatif comme il se lit depuis le 1er janvier 1976. Elle a conclu en particulier que le droit acquis de recevoir une rente du Régime de rentes du Québec ne rendait plus l'intimé inadmissible aux prestations après la date d'entrée en vigueur de la modification. Il convient de noter que le Juge en chef de la Cour d'appel a indiqué que la décision du juge-arbitre confirmait une décision de la Commission selon laquelle l'intimé n'était pas admissible au bénéfice des prestations après janvier 1976. Cette décision se veut, même si cela paraît quelque peu ambigu, en accord avec la conclusion du juge Pratte qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel et qui dit qu'aux termes de la décision de la Commission confirmée en appel par le conseil arbitral et le juge-arbitre, l'intimé avait le droit de continuer à recevoir des prestations jusqu'à ce qu'il acquière le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec, soit le 31 janvier 1976. Le juge Pratte en concluant que le versement des prestations ne se terminait pas à la fin de janvier 1976, s'exprime en ces termes:

Cependant, il suffit de lire attentivement ce texte, édicté le 1er janvier 1976, pour voir qu'il s'applique exclusivement aux personnes qui atteignent l'âge de 65 ans après cette date et non à celles qui, comme le requérant, ont atteint cet âge longtemps auparavant.

Si le juge-arbitre a décidé comme il l'a fait c'est que, comme d'autres juges-arbitres avant lui, il a considéré que lorsque la Commission établissait une période de prestations au profit d'un assuré, celui-ci acquérait, par le fait même, un droit à la période ainsi établie dont la durée et les modalités devaient, en conséquence, être normalement régies par la loi telle qu'elle existait au moment de l'établissement de la période. Cela, à mon avis, est inexact. L'établissement d'une période de pres-

formality that must necessarily be carried out so that an insured person can subsequently acquire the right to receive benefits.

Jackett C.J. concurred in the result and went on to add that s. 35(*c*) of the *Interpretation Act*, dealing with the effect of the repeal of an enactment by Parliament, had no application in these circumstances. The learned Chief Justice referred to:

> ... [the] rule of interpretation to be found in the *Interpretation Act* (section 3(1) and section 35(*c*)), that, unless a contrary intention appears, the repeal of an enactment does not "affect any right ... acquired ... (or) accruing ... under the enactment repealed". In my view [he continued], notwithstanding my great respect for the contrary view of the Umpires, this rule of interpretation has no application. The only substantive "right" conferred on an insured person, as I read the statute, is that right which has accrued when those things have happened that entitle him to be paid benefit, and the provision that a person for whom a benefit period is established is "entitled to benefit in accordance with this Part" merely creates an expectancy that is no different in kind from the expectancy of an insured person who is still employed.

Reverting to the four alternatives set out above, there is no difficulty in disposing of the first possibility, namely that the benefit period ends January 1, 1976, for the reason that on that date (the effective date of the amendment) the respondent was already over 65 years of age. Subsection (4) of the new s. 31 provides for termination only at the end of the week in which an applicant "attains the age of sixty-five years" and the statute clearly assumes this event will be in the future. This birthday did not occur in the week of January 1, 1976, or thereafter, the respondent having attained the age of 65 in December 1971. As he had not yet attained the age of 70 years the pre-existing statute did not disentitle him on the grounds of age. A retirement pension had not at that date become payable to him under either the Canada or Quebec Pension Plans. Accordingly, the respondent suffered no disentitlement on January 1, 1976, which would terminate his benefits at that date.

tations ne donne naissance à aucun droit. Ce n'est qu'une formalité qui doit nécessairement être accomplie pour qu'un assuré puisse subséquemment acquérir le droit de recevoir les prestations.

Le juge en chef Jackett souscrivant à cette conclusion ajoute que l'al. 35*c*) de la *Loi d'interprétation* qui traite de l'effet de l'abrogation d'un texte de loi par le Parlement, ne s'applique pas en l'espèce. Le savant Juge en chef renvoie à:

> ... [la] règle d'interprétation figurant à l'article 3(1) et à l'article 35*c*) de la *Loi d'interprétation*, savoir qu'à moins qu'une intention contraire n'apparaisse, l'abrogation d'un texte de loi n'a pas «d'effet sur quelque droit ... acquis ... [ou] naissant ... sous le régime du texte législatif ... abrogé». Nonobstant mon respect pour les opinions contraires des juges-arbitres, [poursuit-il], j'estime que cette règle d'interprétation ne peut s'appliquer. A la lecture du texte législatif, il ressort que le seul «droit» positif conféré à un assuré est le droit né à la suite de situations qui l'ont rendu admissible à des prestations, et la disposition voulant qu'une personne au profit de laquelle une période de prestations est établie soit «admissible au bénéfice des prestations en conformité de la présente Partie» ne fait que créer une attente de nature semblable à celle d'un assuré qui détient toujours un emploi.

Revenons aux quatre dates possibles pour la fin du versement des prestations. On peut sans difficulté rejeter la première, à savoir le 1er janvier 1976, car à cette date (soit celle de l'entrée en vigueur de la modification), l'intimé avait déjà atteint l'âge de 65 ans. Le nouveau par. 31(4) prévoit qu'une période de prestations se termine seulement à la fin de la semaine où un prestataire «atteint l'âge de soixante-cinq ans» et le texte législatif tient clairement pour acquis qu'il s'agit d'un événement futur. Or, cet anniversaire ne s'est pas produit durant la semaine du 1er janvier 1976 ou par après, car l'intimé avait déjà atteint l'âge de 65 ans en décembre 1971. Puisqu'il n'avait pas encore 70 ans, le texte législatif antérieur ne le rendait pas inadmissible au bénéfice des prestations pour raison d'âge. A cette date, il n'avait pas encore acquis le droit de recevoir une pension ou rente en vertu du Régime de pensions du Canada ou du Régime de rentes du Québec. Par conséquent, l'intimé était toujours admissible au bénéfice des prestations le 1er janvier 1976.

Two of the other four alternative interpretations relate to a continuation of the benefits until July or December 1976. The statute before and after the 1976 amendment limits benefits to the fifty-one week period ending in July 1976 and accordingly, the issue really narrows down to whether or not the entitlement to receipt of a Quebec pension terminates benefits effective February 1, 1976, even though this disqualification was removed from the Act with effect January 1, 1976.

It is difficult to construe the statute as entitling the respondent to benefits beyond February 1, 1976, on the accrual of the pension entitlement because to do so would be to attribute to the amending Act a greater entitlement to a person over 65 years of age than such a person had under the Act prior to the amendment. The Act before amendment stipulated disentitlement either on the attainment of 70 years of age or the entitlement to a pension under the Quebec Pension Plan. By disregarding the second disentitlement in the period after the amendment, persons in the position of the respondent would receive, by reason of the amending statute, benefits greater than under the prior statute, notwithstanding that the clear purpose and effect of the amendment was to terminate entitlements at the earlier age of 65.

Crucial to the disposition of this appeal, therefore, is the proper classification in law of the nature of the respondent's rights under the Act on December 31, 1975, which is the last date prior to the commencement of the amended s. 31. This is so because unless s. 35 of the *Interpretation Act* alters the position of the applicant in law in this regard, the Act as amended is the only applicable law during 1976 under which the respondent's rights remain to be determined, and he would clearly be entitled to receive benefits without regard to the commencement of his right to a pension under the Quebec Pension Plan since that

Deux des quatre autres interprétations impliquent des prestations versées jusqu'en juillet ou décembre 1976. Le texte législatif, après la modification de 1976 comme auparavant, restreint la période de prestations à une durée de 51 semaines qui devait en l'espèce prendre fin en juillet 1976. Par conséquent, la question se résume à savoir si le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec met fin au versement de prestations à compter du 1er février 1976, même si cette cause de déchéance a été retranchée de la Loi à partir du 1er janvier 1976.

Il est difficile d'interpréter le texte législatif de façon à rendre l'intimé admissible à des prestations au-delà du 1er février 1976 malgré la naissance de son droit de recevoir une rente, car une telle interprétation aurait pour effet de conférer aux personnes âgées de plus de 65 ans une admissibilité plus étendue en vertu de la Loi modificatrice que celle dont elles disposaient en vertu de la Loi comme elle existait avant la modification. Aux termes de cette dernière, un prestataire devenait inadmissible à recevoir des prestations lorsqu'il atteignait l'âge de 70 ans ou qu'il acquérait le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec. Si l'on exclut le second élément d'inadmissibilité, on constate, pour ce qui est de la période consécutive à la modification, que des personnes dans la même situation que l'intimé recevraient, en raison du texte législatif modificateur, des prestations plus étendues qu'en vertu du texte antérieur et ce, nonobstant le but manifeste et la portée évidente de la modification qui sont de mettre fin au droit des prestataires à un âge moins avancé, soit à 65 ans.

Il est donc d'importance primordiale aux fins du présent pourvoi de déterminer la nature juridique des droits de l'intimé prévus par la Loi comme elle existait au 31 décembre 1975, soit la veille de l'entrée en vigueur du nouvel art. 31. Il en est ainsi parce que, à moins que l'art. 35 de la *Loi d'interprétation* ne change la situation juridique du requérant à cet égard, la Loi, dans sa forme modifiée, constitue le seul texte législatif auquel on peut se référer pour déterminer les droits de l'intimé en 1976 et l'intimé serait nettement admissible aux prestations sans égard à la naissance de son droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes

disqualification had been removed from the law. Section 35(*c*) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23 provides as follows:

> 35. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not . . .
>
> (*c*) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed;

If the entitlement of the respondent under the Act on December 31, 1975, amounts to a "right [or] privilege ... acquired, accruing ... under the enactment ... repealed", then the repeal would not affect the respondent's position in law. I cannot, with the greatest of respect, reach the same conclusion as that reached by the Chief Justice of the Federal Court as quoted above, namely that the respondent's position under the Act prior to amendment was the same as an employee still working for an employer and who continues contributing under the Act. Here the respondent had, in such an analogy, already ceased working prior to the amendment. His rights to benefits had already arisen during a benefit period which commenced prior to the effective date of the amendment. He was in receipt of benefit payments at the effective date of the amendment. He therefore, on December 31, 1975, was enjoying a right or a privilege which had accrued under the repealed enactment and, for what it is worth, had accrued by reason of his contributions which made him eligible to apply and to have a benefit period prescribed for him.

This, in my view, is precisely the condition contemplated by Parliament when it adopted s. 35(*c*). The amending Act includes no transitional provision in s. 31 for the class of persons which includes the respondent, namely those who had, prior to the effective date of the amendment, attained the age of 65 years but had not reached 70 years of age. There is nothing in the new version of s. 31 which clearly strips the respondent and persons in this class of their right to continue to enjoy benefits immediately upon the introduction of the amendment. On the other hand, there is certainly no language to be found in the amendment which increases the rights of the respondent by authorizing the payment to him of benefits

du Québec puisque cette cause de déchéance a été abrogée. L'alinéa 35*c*) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23 prévoit que:

> 35. Lorsqu'un texte législatif est abrogé en tout ou en partie, l'abrogation
>
> *c*) n'a pas d'effet sur quelque droit, privilège, obligation ou responsabilité acquis, né, naissant ou encouru sous le régime du texte législatif ainsi abrogé;

Si le droit de l'intimé en vertu de la Loi constituait le 31 décembre 1975 un «droit [ou] privilège ... né, naissant ou encouru sous le régime du texte législatif ... abrogé», alors l'abrogation ne portait pas atteinte à la situation juridique de l'intimé. Avec égards, je ne peux conclure dans le même sens que le Juge en chef de la Cour fédérale, savoir que la situation de l'intimé aux termes de la Loi comme elle existait avant la modification, est la même que celle d'un employé qui est toujours au service d'un employeur et qui continue à verser ses cotisations conformément à la Loi. En l'espèce, aux fins de l'analogie, l'intimé avait déjà cessé de travailler avant l'entrée en vigueur de la modification. Il avait déjà acquis le droit de recevoir des prestations durant la période de prestations qui a débuté avant la date d'entrée en vigueur de la modification. Il recevait des prestations à la date d'entrée en vigueur de la modification. Par conséquent, il jouissait au 31 décembre 1975 d'un droit ou d'un privilège né sous le régime du texte législatif abrogé et j'ajoute, sans attribuer trop de valeur à ce point, né en raison de ses cotisations qui l'ont autorisé à présenter une demande et à faire établir une période de prestations à son profit.

A mon avis, c'est exactement la situation qu'envisageait le Parlement lorsqu'il a adopté l'al. 35*c*). La loi modificatrice ne renferme dans son art. 31 aucune disposition transitoire visant la catégorie de personnes à laquelle appartient l'intimé, savoir les personnes qui, avant la date d'entrée en vigueur de la modification, étaient âgées de 65 ans mais n'avaient pas encore atteint 70 ans. Rien dans la nouvelle version de l'art. 31 n'enlève de façon évidente à l'intimé et aux personnes de cette catégorie leur droit de continuer à recevoir des prestations immédiatement après l'introduction de la modification. De plus, on ne peut certes trouver dans la modification un texte qui accroisse les droits de l'intimé, c'est-à-dire un texte qui autorise

after he has become entitled to a Quebec pension. It is reasonable, in my view, to read the new s. 31 as having been adopted by Parliament in the light of s. 35(*c*) of the *Interpretation Act*. When read together, the amending Act and the *Interpretation Act* continue the benefit assured to the respondent under the pre-1976 Act for the month of January 1976 but leave him subject to the disqualification of s. 31(3)(*b*) of the Act as it stood prior to amendment. Therefore, with the greatest of respect to the court below which adopted a contrary view, the respondent's right to benefits came to an end on January 31, 1976, when a retirement pension became payable to him under the Quebec Pension Plan.

Section 35 has been the subject of consideration by the courts in recent years: *Bell Canada v. Earl Palmer*[7]; *In re Kleifges*[8]; *McDoom v. Minister of Manpower and Immigration*[9] and *Martinoff v. Gossen*[10]. In the first three cases cited, the courts have applied s. 35(*c*) to preserve both substantive and procedural rights which had existed prior to the repeal of a statutory provision in an amending act. In each of those cases the accrued right was given effect subsequent to the repeal of the provision establishing the right. Only in the fourth decision would there appear to be any doubt as to the purpose of s. 35(*c*) in these circumstances. The court was there concerned with the right of a certain class of persons to receive a licence for the possession of a weapon. The effect of the repeal in question was to remove the right of the licensing authority to grant a licence to a person in the prescribed class. The court found that an applicant who made application prior to the repeal of the provision had no right to receive a licence after the repeal, notwithstanding s. 35 of the *Interpretation Act*. This, of course, is a different circumstance than existed in the other three cases or in the appeal now before this Court. In the *Martinoff* case, *supra*, the licence-issuing official had been

[7] [1974] 1 F.C. 186 (C.A.).
[8] [1978] 1 F.C. 734 (T.D.).
[9] [1978] 1 F.C. 323 (T.D.).
[10] [1979] 1 F.C. 327, appeal dismissed [1979] 1 F.C. iv.

le versement à l'intimé de prestations après que ce dernier a acquis le droit de recevoir une rente du Régime de rentes du Québec. Il est juste, à mon avis, de considérer que le Parlement a adopté le nouvel art. 31 en tenant compte de l'al. 35*c*) de la *Loi d'interprétation*. Lues de concert, la loi modificatrice et la *Loi d'interprétation* permettent à l'intimé de continuer à recevoir pour le mois de janvier 1976 les prestations auxquelles il avait droit en vertu de la Loi comme elle existait avant 1976 tout en l'assujettissant à la cause de déchéance prévue à l'al. 31(3)*b*) de la Loi comme elle existait avant la modification. Par conséquent, avec égards envers la Cour d'appel qui a adopté une opinion contraire, j'estime que le droit de l'intimé aux prestations a pris fin le 31 janvier 1976 lorsqu'il a acquis le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec.

L'article 35 a été étudié par les tribunaux aux cours des dernières années: *Bell Canada c. Earl Palmer*[7]; *In re Kleifges*[8]; *McDoom c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'immigration*[9] et *Martinoff c. Gossen*[10]. Dans les trois premières décisions, la Cour fédérale s'est servi de l'al. 35*c*) afin de conserver intacts le droit positif et la procédure qui existaient avant l'abrogation d'une disposition par une loi modificatrice. Dans chacune de ces décisions, la Cour fédérale a maintenu, après l'abrogation de la disposition créatrice, l'effet du droit déjà né. Seule la quatrième décision paraît mettre en doute l'objet visé par l'al. 35*c*) dans ces circonstances. La Division de première instance devait se prononcer dans cette dernière affaire sur le droit d'une certaine catégorie de personnes de recevoir un permis de possession d'armes. L'abrogation en cause avait pour effet d'enlever aux autorités chargées de délivrer des permis le droit d'en délivrer à une personne de la catégorie prescrite. La cour a conclu qu'une personne qui présentait une demande semblable avant l'abrogation de la disposition n'avait pas le droit de recevoir un permis après l'abrogation, nonobstant l'art. 35 de la *Loi d'interprétation*. Il va sans dire que les circonstances de cette dernière affaire se distin-

[7] [1974] 1 C.F. 186 (C.A.).
[8] [1978] 1 C.F. 734 (D.P.I.).
[9] [1978] 1 C.F. 323 (D.P.I.).
[10] [1979] 1 C.F. 327, appel rejeté [1979] 1 C.F. iv.

deprived of his authority to issue the licence in question by a specific statutory provision adopted by Parliament after the applicant had filed his application for a licence. The court was powerless to command the issuance of a licence because Parliament had ordained in precise language that no authority existed for the issuance thereafter of such licences. Here Parliament has not, in the 1976 amendment, specified that the respondent shall receive no benefits after the effective date of the repeal. Parliament has not specified that the respondent shall be deprived of any accumulated entitlement existing on the effective date of the amendment. Parliament has not removed the authority or obligation in the administrators of the Act to make payment of these benefits up to February 1, 1976. All of these observations apply equally to the continuation of the disqualifying element of the old s. 31(3)(*b*).

There remains to be considered the impact, if any, of S.C. 1976-77, c. 11, which came into force on May 12, 1977. This statute, entitled the *Unemployment Insurance Entitlements Adjustment Act*, directs the Unemployment Insurance Commission to take under consideration certain entitlement to benefits under the Act whether or not the person in question has previously appealed his entitlements. Subsection (2) of the 1977 Act directs the Commission to grant benefits after January 1, 1976, as if the amendments to the Act which took effect January 1, 1976, had not been enacted, if:

(*a*) the initial benefit period had been established prior to January 4, 1976;

(*b*) the applicant had his entitlement to benefit terminated as a result of s. 10 which introduced the new s. 31 providing for the termination of benefits at the age of 65; and,

(*c*) the applicant has asked that his entitlement to benefit be 'considered' either before or within 12 months after May 12, 1977.

guent de celles des trois autres ou de celles du présent pourvoi. Dans l'affaire *Martinoff*, précitée, le fonctionnaire chargé de délivrer des permis avait été privé de ce pouvoir par une disposition législative spécifique adoptée par le Parlement après que le requérant eut déposé sa demande de permis. La cour n'avait aucun pouvoir d'ordonner qu'un permis soit délivré car le parlement avait prévu par un texte précis que personne n'était plus habilité à délivrer des permis semblables après cette date. En l'espèce, le Parlement n'a pas décrété par la modification de 1976 que l'intimé ne recevrait pas de prestations après la date d'entrée en vigueur de l'abrogation. Le Parlement n'a pas précisé que l'intimé serait privé des prestations qu'il avait acquis le droit de recevoir lors de l'entrée en vigueur de la modification. Le Parlement n'a pas enlevé aux personnes chargées de l'administration de la Loi le pouvoir ou l'obligation de verser ces prestations à l'intimé jusqu'au 1er février 1976. L'ensemble de ces commentaires s'applique tout aussi bien à la continuation de l'élément de déchéance prévu à l'ancien al. 31(3)*b*).

Il reste à étudier les répercussions possibles de la *Loi sur l'examen de certains cas d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage*, S.C. 1976-77, chap. 11, entrée en vigueur le 12 mai 1977. Cette loi ordonne à la Commission d'assurance-chômage d'examiner l'admissibilité aux prestations prévues par la Loi de certaines personnes qui ont ou non interjeté appel d'une décision sur leur admissibilité. L'article 2 de la Loi de 1977 ordonne à la Commission de verser des prestations à un assuré après le 1er janvier 1976 comme si les modifications de la Loi qui sont entrées en vigueur le 1er janvier 1976 n'avaient pas été édictées, à la condition que:

a) la période initiale de prestations ait été établie avant le 4 janvier 1976;

b) le prestataire ne soit plus admissible à recevoir des prestations par l'application de l'art. 10 qui a introduit le nouvel art. 31 prévoyant la fin du versement des prestations à l'âge de 65 ans; et que

c) le requérant ait demandé, avant le 12 mai 1977 ou dans les douze mois qui suivent cette date, que son admissibilité aux prestations soit «examinée».

Here the respondent lost his entitlement to benefit on January 31, 1976, because on that date a pension had become payable to him under the Quebec Pension Plan, and by the pre-existing s. 31 this terminated his benefit period. Thus the respondent did not have his "entitlement to benefit terminated" by reason of s. 10 of the 1977 statute but by reason of the pre-existing law. Consequently, c. 11 has no application to the respondent in these proceedings.

Chief Justice Jackett reached the same result by concluding that s. 2 of c. 11 applies only to persons under the age of 65 on January 1, 1976, because they alone may attain the age of 65 years of age after January 4, 1976, (the actual date specified in c. 11) and before the automatic expiry of c. 11 in May 1979. Expressed either way, c. 11 has no bearing on this proceeding.

In the result I conclude that s. 35(*c*) of the *Interpretation Act* must be applied in the construction of the Act as amended in the determination of the rights of the respondent, and on such application the two statutory provisions when read together entitle the respondent to payment of benefits up to and including January 31, 1976, but not thereafter.

I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Federal Court of Appeal and restore the order of the Umpire. In accordance with the terms of the order granting leave, the appellant will pay respondent's costs as between solicitor and client.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Barrière, Neuer & Lamarche, Lachine, Quebec.

En l'espèce, l'intimé a perdu, le 31 janvier 1976, son admissibilité à recevoir des prestations car il avait acquis, à cette date, le droit de recevoir une rente en vertu du Régime de rentes du Québec; aux termes de l'ancien art. 31, cela mettait fin à sa période de prestations. Ainsi l'inadmissibilité de l'intimé aux prestations ne découle pas de l'art. 10 de la Loi de 1977 mais de la loi antérieure. Par conséquent, le chap. 11 ne s'applique pas ici.

Le juge en chef Jackett est parvenu au même résultat lorsqu'il a conclu que l'art. 2 du chap. 11 s'applique uniquement aux personnes âgées de moins de 65 ans le 1er janvier 1976 puisque seules ces personnes peuvent atteindre l'âge de 65 ans après le 4 janvier 1976 (soit la date énoncée au chap. 11) et avant que n'expire automatiquement, en mai 1979, le chap. 11. Son raisonnement et le mien aboutissent au même résultat: le chap. 11 n'est d'aucune utilité en l'instance.

Je conclus, en définitive, que l'on doit s'appuyer sur l'al. 35*c*) de la *Loi d'interprétation* pour interpréter la Loi dans sa forme modifiée afin de déterminer les droits de l'intimé et que les deux dispositions législatives lues de concert rendent l'intimé admissible à recevoir des prestations jusqu'au 31 janvier 1976 compris, mais non après cette date.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir la décision du juge-arbitre. Suivant la condition de l'autorisation, l'appelante devra payer les dépens de l'intimé sur la base avocat-client.

Pouvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Barrière, Neuer & Lamarche, Lachine, Québec.

Kew Property Planning and Management Limited *(Plaintiff) Appellant*;

and

The Corporation of the Town of Burlington *(Defendant) Respondent.*

1980: February 13; 1980: April 22.

Present: Martland, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Assessment — Retroactive legislation — Municipality without authority to make additional assessment or to collect taxes based on such additional assessment — Action for declaration that assessments void and return of taxes paid — Decision in earlier proceedings that appeal not brought within prescribed time and mode of complaint not appropriate for securing relief from taxes imposed — Present issue not rendered res judicata — The Assessment Act, R.S.O. 1970, c. 32, s. 43(1)(a), (4).

During the years 1970 and 1971 the appellant owned certain lands in the Town of Burlington on which it was building a condominium project. By April 30, 1971, this project had reached the point where the officials of the respondent municipality were able to increase the assessment with respect to this development because it had become "reasonably fit for occupancy", within the meaning of that term in s. 43(1)(*a*) of *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, c. 32, as it stood in April 1971. On July 23, 1971, *The Assessment Act* was amended retroactively to January 1, 1971, so as delete the words "or reasonably fit for occupancy", following the words "becomes occupied", in s. 43(1)(*a*). The premises in question were in 1971 unoccupied. The appellant disclaimed liability for tax and in November 1971 appealed to the Assessment Review Court, which dismissed the appeal. The appellant then appealed to the county court and the Ontario Municipal Board, both of which also dismissed the appeal. Thereafter, the appellant appealed to the Ontario Court of Appeal, which, on May 3, 1974, dismissed the appeal.

On July 30, 1974, the appellant paid the taxes claimed by the municipality. On March 7, 1975, the appellant commenced an action by writ of summons wherein the statement of claim stated that the payment of taxes was made "without prejudice to the plaintiff's right to recover the same and claim a refund or assert the impropriety and unenforceability and nullity of the

Kew Property Planning and Management Limited *(Demanderesse) Appelante*;

et

The Corporation of the Town of Burlington *(Défenderesse) Intimée.*

1980: 13 février; 1980: 22 avril.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

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

Evaluation — Loi rétroactive — Municipalité sans droit de faire une évaluation additionnelle ni de percevoir les taxes consécutives — Action pour faire déclarer les évaluations nulles et demander le remboursement des taxes payées — Décision dans des procédures antérieures portant que l'appel n'a pas été formé dans le délai prévu et que la plainte ne permet pas d'obtenir un redressement à l'égard des taxes imposées — Pas d'exception de chose jugée à l'égard du présent litige — The Assessment Act, R.S.O. 1970, chap. 32, art. 43(1)a), (4).

Au cours des années 1970 et 1971, l'appelante était propriétaire de terrains dans la ville de Burlington sur lesquels elle construisait un ensemble résidentiel en copropriété. Le 30 avril 1971 la construction de cet ensemble résidentiel était à ce point avancée que les fonctionnaires de la municipalité intimée ont pu en hausser l'évaluation parce qu'il était devenu «raisonnablement habitable» au sens de cette expression à l'al. 43(1)*a*) de *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, chap. 32, en vigueur en avril 1971. Le 23 juillet 1971, l'al. 43(1)*a*) de *The Assessment Act* a été modifié, rétroactivement au 1er janvier 1971, où on a supprimé les mots «ou raisonnablement habitable» après les mots «devient habité». Les lieux en question n'étaient pas habités en 1971. L'appelante s'est opposée à son assujettissement à la taxe et en novembre 1971 elle a interjeté appel à la Cour de révision de l'évaluation, qui a rejeté l'appel. L'appelante a par la suite interjeté appel à la Cour de comté et à la Commission municipale de l'Ontario, qui toutes deux ont rejeté les appels. Finalement, l'appelante a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario qui le 3 mai 1974 a rejeté l'appel.

Le 30 juillet 1974, l'appelante a payé à la municipalité les taxes que celle-ci réclamait. Le 7 mars 1975, l'appelante a intenté cette action par un bref d'assignation et une déclaration portant que le paiement des taxes avait été fait «sans préjudice au droit de la demanderesse de recouvrer le montant payé et d'en réclamer le remboursement ou de faire valoir l'inexactitude, l'inapplica-

tax notices and tax collected by Burlington". The Divisional Court found that the error claimed by the appellant did not fall within the scope of s. 76 of the Act, and that all issues raised under *The Assessment Act*, including matters raised by appeal under s. 43(4) were *res judicata*. The Court of Appeal dismissed the appeal, preferring to rest its decision on the effect of the limitation periods imposed by *The Assessment Act*.

Held: The appeal should be allowed.

The taxing municipality had no authority after July 23, 1971, to maintain the addition to the collector's roll in respect of the appellant's property theretofore added under the authority of the then existing s. 43(1)(*a*). Faced with such a withdrawal of authority, the municipality should have deleted the value so added to the collector's roll which in turn would have resulted in a recalculation of the tax demand by the municipality against the appellant. By the clearest inference from the detailed, step-by-step procedure outlined in the statute, it was incumbent upon the respondent to notify the appellant of such a deletion from the collector's roll. Notice in this case, however, would have been meaningless because the required recalculation of the tax claim would itself have been notice of the action taken in response to the July 1971 amendment. Formal matters aside, the retention of the moneys by the municipality was a wrongful position, wrongfully maintained throughout the lengthy proceedings. In the simplest terms, the respondent acknowledged that it had no right to make the additional assessment nor to collect any taxes based on such additional assessment, and the respondent could demonstrate no right by which it could now retain the moneys thus obtained from the appellant.

In the first proceedings, the Court of Appeal, in essence, decided only two things: (a) the appeal was not brought within the time prescribed by s. 43(4); and (b) the complaint pursuant to s. 76 "was not the appropriate one for securing relief from the taxes imposed". The judgment did not decide that the appellant had no legal right to seek recovery of these moneys by an action at law in the appropriate forum. On these facts and on the basis of the jurisdiction invoked by the appellant, this Court did not find the 1974 decision had rendered the cause of action now before the Court *res judicata*.

Nor is there any "issue estoppel", assuming "cause of action estoppel" has been set aside. The issue of nullity which is fundamental to the appellant's action could not have been dealt with in the administrative chain of appeal machinery "for the review of an assessment for

bilité et la nullité des avis de taxes et des taxes perçues par Burlington». La Cour divisionnaire a jugé que l'erreur alléguée par l'appelante ne relevait pas de l'art. 76 de la Loi et que toutes les questions posées en vertu de *The Assessment Act*, y compris les questions soulevées en appel en vertu du par. 43(4), étaient chose jugée. La Cour d'appel a rejeté l'appel et préféré fonder sa décision sur l'effet de la prescription imposée par *The Assessment Act*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Après le 23 juillet 1971, la municipalité perceptrice n'avait pas le pouvoir de maintenir au rôle de perception l'augmentation de valeur du bien-fonds de l'appelante qu'elle y avait inscrite en vertu de l'al. 43(1)*a*) alors en vigueur. Face à pareille diminution de pouvoir, la Municipalité aurait dû radier l'augmentation ainsi ajoutée au rôle de perception, ce qui aurait entraîné un nouveau calcul de la taxe qu'elle réclamait à l'appelante. Il ressort très clairement de cette procédure détaillée étape par étape dans la Loi que l'intimée avait le devoir d'informer l'appelante de pareille radiation du rôle de perception. Cependant, un avis n'aurait rien signifié puisque le nouveau calcul obligatoire de la taxe aurait, en soi, constitué un avis de la mesure prise par suite de la modification de juillet 1971. Abstraction faite de la procédure, la conservation des sommes par la Municipalité constitue une situation injustifiable, maintenue à tort pendant toutes ces longues procédures. Dans les termes les plus simples, l'intimée reconnaît qu'elle n'avait aucun droit de faire l'évaluation additionnelle ni de percevoir les taxes consécutives et elle ne peut justifier d'aucun droit qui lui permet maintenant de retenir les sommes ainsi reçues de l'appelante.

En substance, la Cour d'appel dans les premières procédures n'a tranché que deux points: a) l'appel n'a pas été formé dans le délai prévu au par. 43(4); et b) la plainte en vertu de l'art. 76 «ne permet pas d'obtenir un redressement à l'égard des taxes imposées». L'arrêt ne décide pas que l'appelante n'avait juridiquement aucun droit pour chercher à recouvrer des sommes d'argent par une action devant le tribunal approprié. Compte tenu de ces faits et de la compétence invoquée par l'appelante, cette Cour ne conclut pas que la décision de 1974 donne naissance à l'exception de chose jugée à l'égard de la cause d'action maintenant soumise à la Cour.

Il n'est pas question ici de «chose jugée comme fin de non-recevoir», si l'on présume que la fin de non-recevoir pour la même cause d'action a été écartée. La question de la nullité qui est au cœur de l'action de l'appelante n'aurait pas pu être réglée par le processus administratif

the purpose of ensuring the administrative integrity of the assessment roll".

Town of Grandview v. Doering, [1976] 2 S.C.R. 621; distinguished; *Trans-Canada Pipe Lines Ltd. v. Township of Macaulay*, [1963] 2 O.R. 41; *Toronto Transit Commission v. City of Toronto*, [1969] 2 O.R. 637, rev'd on other grounds, [1971] S.C.R. 746; *Wiswell v. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from the Divisional Court which dismissed the appellant's action for a declaration that certain assessments were null and void and for the return of taxes so paid, together with interest from date of payment. Appeal allowed.

Boris G. Freesman, Q.C., for the plaintiff, appellant.

Garry J. Smith, Q.C., and *Paul M. Perell*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal from the Ontario Court of Appeal concerns the position of a ratepayer who has paid 1971 taxes in response to a 1970 assessment made contrary to the applicable provisions of the Ontario *Assessment Act* but in respect of which appeal proceedings were launched and disposed of by the Ontario Court of Appeal in favour of the municipality in 1974. The strange circumstances of this case arise by reason of the retroactive provisions in an amendment made by the Ontario Legislature to *The Assessment Act* which came into force on July 23, 1971, but which was expressly stated to be effective from January 1, 1971.

The relevant facts can be shortly stated. During the years 1970 and 1971 the appellant (the plaintiff in these proceedings) owned certain lands in the Town of Burlington on which it was building a condominium project. By April 30, 1971, this project had reached the point where the officials of the respondent municipality were able to increase the assessment with respect to this development

compris dans le mécanisme d'appel «pour la révision d'une évaluation afin d'assurer l'intégrité administrative du rôle d'évaluation».

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *Ville de Grandview c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; arrêts examinés: *Trans-Canada Pipe Lines Ltd. v. Township of Macaulay*, [1963] 2 O.R. 41; *Toronto Transit Commission v. City of Toronto*, [1969] 2 O.R. 637, inf. pour d'autres motifs, [1971] R.C.S. 746; *Wiswell c. Metropolitan Corp. of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté un appel interjeté d'un jugement de la Cour divisionnaire qui avait rejeté l'action de l'appelante visant à obtenir une déclaration que certaines évaluations étaient nulles et non avenues, et le remboursement des taxes ainsi payées, avec les intérêts à compter de la date de paiement. Pourvoi accueilli.

Boris G. Freesman, c.r., pour la demanderesse, appelante.

Garry J. Smith, c.r., et *Paul M. Perell*, pour la défenderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario porte sur la situation d'un contribuable qui a payé des taxes foncières pour 1971 suite à une évaluation de 1970 établie contrairement aux dispositions applicables de *The Assessment Act* de l'Ontario. Saisie de cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée en faveur de la municipalité en 1974. Les circonstances étranges de cette affaire découlent de l'effet rétroactif d'une modification que la Législature de l'Ontario a apportée à *The Assessment Act* et promulguée le 23 juillet 1971, mais dont elle a expressément fixé la date d'entrée en vigueur au 1er janvier 1971.

Les faits pertinents peuvent être énoncés brièvement. Au cours des années 1970 et 1971, l'appelante (en l'espèce la demanderesse) était propriétaire de terrains dans la ville de Burlington sur lesquels elle construisait un ensemble résidentiel en copropriété. Le 30 avril 1971 la construction de cet ensemble résidentiel était à ce point avancée que les fonctionnaires de la municipalité intimée ont pu

because it had become "reasonably fit for occupancy" within the meaning of that term as it was found in s. 43(1)(*a*) of *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, c. 32, as it stood in April 1971. The subsection then read:

43(1). The clerk of the municipality shall, after the 1st day of January and before the 28th day of November in any year, enter in the collector's roll,

(*a*) the value or increase in value, as the case requires, as certified by the assessment commissioner, of any building . . . that after the 1st day of January *becomes occupied or reasonably fit for occupancy*;

(Italics added.)

It is agreed that the premises in question were in 1971 unoccupied.

The Assessment Amendment Act, 1971 (Ont.), c. 79, repealed clause (*a*) of subs. (1) of s. 43 and substituted the following:

(*a*) the value or increase in value, as the case requires, as certified by the assessment commissioner, of any building . . . that after the 1st day of January *becomes occupied.*

(Italics added.)

By this amendment therefore, the words "or reasonably fit for occupancy" were deleted.

By subs. (4) of s. 43 of *The Assessment Act*, the taxpayer is given a right of appeal to the Court of Revision where an increase in assessment has been effected under subs. (1). The time for making this appeal runs from the time such assessment is added to the collector's roll.

Because the taxpayer/appellant here had no basis for an appeal prior to July 23, 1971 (because the addition to the collector's roll in respect of the appellant's property was authorized by subs. (1)(*a*) until that date), and because subs. (4) was not amended at the same time as subs. (1)(*a*), no right of appeal would appear to arise under subs. (4) in the circumstances in which the appellant found itself in the summer of 1971.

In order to appreciate the difficulty in which a taxpayer such as the appellant finds himself, it is necessary to consider briefly the general taxation pattern established under *The Assessment Act*. By reason of s. 3 of the Act, all properties in the

en hausser l'évaluation parce qu'il était devenu [TRADUCTION] «raisonnablement habitable» au sens de cette expression à l'al. 43(1)*a*) de *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, chap. 32, en vigueur en avril 1971. Voici le texte de l'alinéa:

[TRADUCTION] 43(1). Le greffier de la municipalité doit, après le 1er janvier et avant le 28 novembre de chaque année, porter au rôle de perception

a) la valeur ou l'augmentation de valeur, selon le cas, certifiée par le commissaire à l'évaluation, de tout immeuble . . . qui, après le 1er janvier, *devient habité ou raisonnablement habitable*;

(Les italiques sont de moi.)

Il est admis que les lieux en question n'étaient pas habités en 1971.

The Assessment Amendment Act, 1971 (Ont.), chap. 79, a abrogé l'al. 43(1)*a*) et l'a remplacé par ce qui suit:

[TRADUCTION] *a*) la valeur ou l'augmentation de valeur, selon le cas, certifiée par le commissaire à l'évaluation, de tout immeuble . . . qui, après le 1er janvier, *devient habité.*

(Les italiques sont de moi.)

Donc, par cette modification, on a supprimé les mots «ou raisonnablement habitable».

Aux termes du par. 43(4) de *The Assessment Act*, le contribuable peut interjeter appel à la Cour de révision lorsqu'il y a eu augmentation de l'évaluation en vertu du par. (1). Le délai d'appel commence à courir dès que cette évaluation est ajoutée au rôle de perception.

Puisque la contribuable appelante en l'espèce n'avait aucune raison d'interjeter appel avant le 23 juillet 1971 (parce que l'addition de la propriété de l'appelante au rôle de perception était permise aux termes de l'al. (1)*a*) jusqu'à cette date), et parce que le par. (4) n'a pas été modifié en même temps que l'al. (1)*a*), elle semblait n'avoir aucun droit d'appel en vertu du par. (4) dans les circonstances où elle se trouvait à l'été 1971.

Pour bien comprendre la difficulté à laquelle un contribuable comme l'appelante fait face, il est nécessaire d'examiner brièvement le plan général de taxation établi par *The Assessment Act*. L'article 3 de la Loi permet d'évaluer et de taxer tous les

province are subject to assessment and taxation, subject to certain enumerated exemptions. The assessment is undertaken by the municipal assessment officials in the year preceding that in which the tax in question is levied. In order to provide for a stable base of revenue for municipal operations, the assessment roll is made up annually and the property values thereby established are the basis for the calculation of tax. So as to facilitate tax being levied and raised in the year in which expenditures are made, it was found advisable to establish the assessment or property value base in the year prior to the establishment of the actual amount of tax owing by each property owner. The assessment roll representing the totality of assessed properties in the municipality is then established and, subject to authorized variation in the manner prescribed in the Act, the roll is completed by the end of October in each year. However, in order to bring the roll up to date to reflect building completion during the tax year in question, s. 43 authorizes the municipality to enter on the "collector's roll" (which is prepared from the assessment roll completed in the previous year), the increase in value of any building which is erected, altered or enlarged after the assessment in question has been completed.

Three general methods of appeal from assessments so made in respect of real property are established under the Act. The first right arises with respect to the assessment roll under s. 52 where an appeal may be taken to the Assessment Review Court and thereafter to the county judge, the Ontario Municipal Board, and the Court of Appeal. This right of appeal relates to errors and omissions arising from being wrongfully included or omitted from the roll or from having been overcharged or undercharged by the assessor in preparing the roll. The second right of appeal arises under s. 66 which provides a right in any person assessed to apply by originating notice to the Supreme or county court

for the determination of any question relating to the assessment, except a question as to persons alleged to be wrongfully placed upon or omitted from the assessment roll or assessed at too high or too low a sum.

biens-fonds dans la province, sauf certains biens exemptés qu'il énumère. Des fonctionnaires municipaux font l'évaluation dans l'année qui précède celle pour laquelle la taxe en question est levée. Afin d'assurer une source régulière de revenus pour l'activité municipale, le rôle d'évaluation est dressé annuellement et les valeurs foncières ainsi établies servent de fondement au calcul de la taxe. Afin de faciliter l'imposition et la perception des taxes dans l'année au cours de laquelle les dépenses sont effectuées, il a été jugé préférable d'établir l'évaluation ou la valeur foncière de base dans l'année qui précède la fixation du montant réel de taxe dû par chaque propriétaire. Le rôle d'évaluation qui représente la totalité des biens-fonds évalués dans la municipalité est alors préparé et, sous réserve des changements autorisés de la façon prescrite par la Loi, le rôle est clos à la fin d'octobre chaque année. Toutefois, afin de mettre le rôle à jour pour tenir compte de l'achèvement de travaux de construction pendant l'année d'imposition en question, l'art. 43 permet à la municipalité de porter au «rôle de perception» (qui est compilé à partir du rôle d'évaluation clos l'année précédente) l'augmentation de la valeur de toute construction qui est érigée, transformée ou agrandie après que l'évaluation en question a été achevée.

La Loi prévoit trois méthodes générales d'appel à l'encontre des évaluations foncières. Le premier droit, relatif au rôle d'évaluation, découle de l'art. 52 qui permet d'interjeter appel à la Cour de révision de l'évaluation, puis au juge de la Cour de comté, à la Commission municipale de l'Ontario et à la Cour d'appel. Ce droit d'appel porte sur les erreurs et omissions qui découlent du fait qu'une personne a par erreur été inscrite ou omise du rôle ou qu'elle a été surimposée ou sous-imposée par l'évaluateur qui a dressé le rôle. Le deuxième droit d'appel découle de l'art. 66 qui donne à toute personne inscrite au rôle le droit de présenter une demande par avis introductif à la Cour suprême ou à la Cour de comté

[TRADUCTION] pour faire trancher toute question concernant l'évaluation, sauf une question relative aux personnes dont on allègue qu'elles ont par erreur été inscrites ou omises du rôle d'évaluation ou qu'elles ont été surimposées ou sous-imposées.

This second procedure has its origins in constitutional problems arising in connection with the first mentioned avenue of appeal. The third mode of appeal is provided for in s. 76 which authorizes an application to the Assessment Review Court for the cancellation, reduction or refund of taxes levied in the year in question where the taxes have been levied in respect of property that has become subject to a different rate of tax or where an overcharge has resulted by reason of clerical error, and certain other categories listed in the section.

A specific right of appeal is given in respect of additions to assessments effected under s. 43(1)(*a*) *supra*, by subs. (4) of that section:

(4) Where an entry is made or is to be made in the collector's roll under this section, the assessment commissioner shall, before the assessment is added to the collector's roll, deliver as provided for notices of assessment in subsections 2 and 3 of section 40 to the person to be taxed a notice setting out the amount of the assessment and, where applicable, the amount of the assessment of real property liable to taxation under subsection 3, and the time within which an appeal may be made from such assessment, and the same rights in respect of appeal lie as if the assessment had been made in the usual way, but for the purposes of an appeal made from an assessment under this section the assessment roll shall be deemed to have been returned on the day such assessment is added to the collector's roll.

The time prescribed for such appeal is inappropriate in our circumstances because no cause of appeal arose when the addition was made to the collector's roll earlier in 1971. Such time limit had of course expired in any case prior to the amendment to the subsection in July 1971.

On the facts now before the Court, it is not an easy question to determine which right of appeal was open to the appellant and what, if any, limitations apply to the exercise of that right. Before July 23, 1971, the appellant had no cause for complaint by way of appeal or otherwise because the value added to the collector's roll was, at the time of such addition, authorized by the Act. After July 23, 1971, no action by way of addition to the roll was taken by the municipality to increase or reduce the assessment and hence the mechanism under subs. (4) of s. 43 was not triggered by any

Cette deuxième procédure découle des problèmes constitutionnels que pose le premier moyen d'appel mentionné. Le troisième mode d'appel est prévu par l'art. 76 qui permet de présenter une demande à la Cour de révision de l'évaluation pour faire annuler ou réduire les taxes levées dans l'année en question ou pour en obtenir le remboursement lorsqu'elles ont été levées relativement à un bien-fonds qui est devenu assujetti à un taux de taxe différent ou qu'une taxe trop élevée a été imposée en raison d'une erreur d'écriture, et pour d'autres motifs énumérés à l'article.

Le paragraphe 43(4) accorde un droit d'appel spécifique relativement aux évaluations majorées en vertu de l'al. 43(1)*a*) précité:

[TRADUCTION] (4) Lorsqu'une inscription est portée ou doit être portée au rôle de perception en vertu du présent article, le commissaire à l'évaluation doit, avant d'ajouter l'évaluation audit rôle, envoyer à la personne assujettie, en la forme prévue pour les avis d'évaluation aux paragraphes 40(2) et (3), un avis qui énonce le montant de l'évaluation et, le cas échéant, le montant de l'évaluation du bien-fonds assujetti à la taxe en vertu du paragraphe (3), ainsi que le délai d'appel de cette évaluation; les droits d'appel relativement à cette évaluation sont les mêmes que si elle avait été faite de la façon habituelle mais, aux fins de pareil appel, le rôle d'évaluation sera réputé avoir été déposé le jour où cette évaluation a été ajoutée au rôle de perception.

Le délai prescrit pour pareil appel est inapplicable en l'espèce parce qu'aucune cause d'appel n'existait lorsque l'addition a été portée au rôle de perception plus tôt en 1971. Quoi qu'il en soit, ce délai était évidemment expiré lorsque l'article a été modifié en juillet 1971.

Compte tenu des faits présentés à la Cour, il n'est pas facile de déterminer le droit d'appel que l'appelante pouvait exercer et, le cas échéant, les délais applicables à l'exercice de ce droit. Avant le 23 juillet 1971, l'appelante n'avait aucun motif de contester la décision par un appel ou autrement, parce qu'au moment où on a porté l'évaluation au rôle de perception, la Loi le permettait. Après le 23 juillet 1971, la municipalité n'a fait aucune inscription au rôle pour augmenter ou réduire l'évaluation et, ainsi, aucune mesure prise par des fonctionnaires n'a déclenché le mécanisme du par.

action on the part of the assessment officials. If matters are left in that simple state, however, we have a situation where the Legislature has very deliberately, in July of 1971, granted tax relief to taxpayers in a class which includes the appellant but has left the class without remedy or method by which it can realize the benefit so granted by the statute. To determine if this is the proper result in law, it is necessary to examine firstly the proceedings which have actually occurred in this matter to date, and secondly, the proper interpretation to be placed upon certain provisions in *The Assessment Act* as amended.

The first round of proceedings culminating in the Court of Appeal decision reported in (1974), 4 O.R. (2d) 365, are summarized in the judgment of Kelly J.A., speaking on behalf of the Court, at pp. 368-9:

> The record before us does not disclose what action the owner then did take, [upon learning that there had been no reduction in the 1971 taxes accorded to the appellant by reason of the 1971 amendment], but there was apparently some action by it in November, 1971, as a result of which the Regional Registrar of the Assessment Review Court under date of April 12, 1971, dispatched to it a notice of a sitting of the Assessment Review Court to be held on April 28, 1972: " ... in respect of an application under Section 76 of *The Assessment Act* for an adjustment of the 1971 realty tax".
>
> A further notice under date of May 10, 1972, was received by the owner advising of the decision of the Assessment Review Court as follows: "Application not approved."
>
> Again at this stage what was done by the owner is only a matter of conjecture, but a notice of hearing dated October 6, 1972, advised the owner that the county court judge had appointed October 24, 1972, for the purpose of hearing the following appeal against the decision of the Assessment Review Court:
>
> "Appeal:
>
> Section 76—1971 Taxation
> No Reason Given."
>
> A notice dated December 6, 1972, from the Regional Registrar advised the owner of the dismissal of its application by the county court judge.
>
> Thereupon the owner gave notice of appeal from the decision of the county court judge setting out no grounds

43(4). Cependant, si nous nous arrêtons là, nous sommes devant une situation où, en juillet 1971, le législateur a, de façon délibérée, accordé un allégement fiscal aux contribuables d'une catégorie qui inclut l'appelante, sans leur accorder de recours ni de moyen qui leur permette de profiter de l'avantage ainsi accordé par la Loi. Pour décider si c'est le résultat voulu en droit, il est nécessaire d'examiner d'abord les procédures qui se sont déroulées jusqu'ici dans cette affaire et, ensuite, de donner l'interprétation appropriée à certaines dispositions de *The Assessment Act* et ses modifications.

La première série de procédures qui s'est terminée par un arrêt de la Cour d'appel, publié à (1974), 4 O.R. (2d) 365, est résumée dans les motifs de jugement exposés par le juge Kelly au nom de la Cour d'appel aux pp. 368 et 369:

> [TRADUCTION] Le dossier ne révèle pas ce que la propriétaire a effectivement fait à l'époque [en apprenant qu'aucune réduction des taxes de 1971 ne lui avait été accordée suite à la modification de 1971], mais elle a apparemment pris des mesures en novembre 1971 par suite desquelles le greffier régional de la Cour de révision de l'évaluation lui a envoyé, en date du 12 avril 1972, un avis d'audition de la Cour de révision de l'évaluation pour le 28 avril 1972: «... relativement à une demande de rajustement de la taxe foncière de 1971 présentée en vertu de l'art. 76 de *The Assessment Act*».
>
> La propriétaire a reçu un autre avis en date du 10 mai 1972 qui l'informait de la décision de la Cour de révision de l'évaluation dont voici le texte: «Demande rejetée.»
>
> De nouveau, nous en sommes réduits aux conjectures quant à ce qu'a fait la propriétaire à ce moment-là, mais un avis d'audition, en date du 6 octobre 1972, l'informait que le juge de la Cour de comté avait fixé au 24 octobre 1972 l'audition de l'appel suivant à l'encontre de la décision de la Cour de révision de l'évaluation:
>
> Appel:
>
> Art. 76—Taxation de 1971
> Sans motif.
>
> Un avis du greffier régional en date du 6 décembre 1972 informait la propriétaire du rejet de sa demande par le juge de la Cour de comté.
>
> La propriétaire a alors donné un avis d'appel de la décision du juge de la Cour de comté sans énoncer de

of appeal. The style of cause, under which the notice of appeal was given, was the following:

ONTARIO MUNICIPAL BOARD

IN THE MATTER OF Appeals from the Decision of His Honour Judge Sprague dismissing the Appeals from the Assessment Review Court in respect of the Town of Burlington Appeals, Nos. 340-2, 340-6, 340-8 to 340-11 inclusive, 340-13 to 340-16 inclusive, 340-18, 340-20 to 340-23 inclusive, 340-25 to 340-90 inclusive, 340-92 to 340-94 inclusive, 340-96, 340-99 to 340-101 inclusive, 340-103 to 340-115 inclusive.

BETWEEN:

KEW PROPERTY PLANNING AND MANAGEMENT

Appellant

—and—

TOWN OF BURLINGTON

Respondent

. . .

Despite the fact that all the documents available to this Court, up to and including the notice of appeal to the Ontario Municipal Board, refer to an appeal under s. 76 (repealed 1972, c. 125, s. 18), wherein the cancellation, reduction or refund of taxes levied may be made on an application to the Assessment Review Court, the appointment issued by the Ontario Municipal Board, under the hand of its secretary, contained a style of cause in the following words:

ONTARIO MUNICIPAL BOARD

IN THE MATTER OF Section 63 of *The Assessment Act*, (R.S.O. 1970, c. 32) . . . .

The reference to s. 63 of *The Assessment Act* in the Board's style of cause no doubt results from the fact that subs. (2) of that section provides for the right of appeal to the Ontario Municipal Board from a decision of the county judge sitting in appeal from the Assessment Court under subs. (4) of s. 43 which is the section under which the disputed action was taken.

On July 30, 1974, the appellant paid to the respondent the taxes claimed by the respondent on the basis of the collector's roll which included the additional assessment under s. 43(1)(*a*) prior to the amendment in July 1971. The taxes paid as a result of the additional assessment amounted to $88,624.82. On March 7, 1975, the appellant commenced this action by writ of summons wherein

moyen d'appel. L'intitulé de la cause, sous lequel l'avis d'appel a été donné, se lit comme suit:

COMMISSION MUNICIPALE DE L'ONTARIO

IN RE LES appels de la décision de M. le juge Sprague qui rejette les appels des décisions de la Cour de révision de l'évaluation relativement aux appels de la ville de Burlington, nos 340-2, 340-6, 340-8 à 340-11, 340-13 à 340-16, 340-18, 340-20 à 340-23, 340-25 à 340-90, 340-92 à 340-94, 340-96, 340-99 à 340-101, 340-103 à 340-115.

ENTRE

KEW PROPERTY PLANNING AND MANAGEMENT

Appelante

—et—

TOWN OF BURLINGTON

Intimée

. . .

Malgré le fait que tous les documents présentés à cette cour, y compris l'avis d'appel à la Commission municipale de l'Ontario, mentionnent un appel en vertu de l'art. 76 [abrogé 1972, chap. 125, art. 18], qui permet de demander à la Cour de révision de l'évaluation l'annulation, la réduction ou le remboursement des taxes levées, le secrétaire de la Commission municipale de l'Ontario a envoyé une assignation intitulée comme suit:

COMMISSION MUNICIPALE DE L'ONTARIO

IN RE L'article 63 de *The Assessment Act*, (R.S.O. 1970, chap. 32) . . . .

La mention de l'art. 63 de *The Assessment Act* dans l'intitulé de la Commission résulte certainement du fait que le par. (2) de cet article prévoit que l'on peut interjeter appel à la Commission municipale de l'Ontario d'une décision du juge de comté qui a siégé en appel de la Cour de l'évaluation en vertu du par. 43(4), paragraphe en vertu duquel l'action contestée a été intentée.

Le 30 juillet 1974, l'appelante a payé à l'intimée les taxes que celle-ci réclamait sur la base du rôle de perception qui comprenait l'évaluation additionnelle aux termes de l'al. 43(1)*a*) avant la modification de juillet 1971. Les taxes payées suite à l'évaluation additionnelle s'élevaient à $88,624.82. Le 7 mars 1975, l'appelante a intenté cette action par un bref d'assignation et une déclaration por-

the statement of claim states that the payment of taxes was made

> without prejudice to the Plaintiff's right to recover the same and claim a refund or assert the impropriety and unenforceability and nullity of the tax notices and tax collected by Burlington.

In these proceedings the plaintiff claims a declaration that the assessments were null and void, together with a claim for the return of the taxes so paid, together with interest from the date of payment. The Divisional Court found that the error claimed by the appellant did not fall within the scope of s. 76 of the Act, and that all issues raised under *The Assessment Act*, including matters raised by appeal under s. 43(4), are *res judicata*. The Court of Appeal dismissed the appeal (the decision is as yet unreported), preferring to rest its decision on the effect of the limitation periods imposed by *The Assessment Act*. MacKinnon J.A., as he then was, speaking on behalf of the Court, stated:

> While we have some reservations as to the matter being properly termed "*res judicata*", we are all of the view that the addition to the collector's roll in the instant case was an assessment within the meaning of *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, c. 32, and amendments, which brought into play the limitation periods set out in that Act. Those limitation periods, setting out the times within which one may attack such assessments, have long passed. Although one's sense of justice may be affronted by the respondent municipality's insistence on the payment of the tax moneys for which the appellant now seeks restitution, the defence of the limitation periods was and is available to the municipality and has to be given effect.

I turn then to the interpretation of the statutory provisions bearing on this issue and predicate this review upon the basic consideration that we are here primarily concerned with the interpretation of s. 8 of "An Act to amend The Assessment Act, 1968-69" which bears the statutory title of *The Assessment Amendment Act, 1971*, 1971 (Ont.), c. 79. By subs. (1) of s. 8, the Legislature removed the words "or reasonably fit for occupancy" from the pre-existing s. 43(1)(*a*), as noted above, for the obvious purpose of bringing relief from taxation to the owners of buildings which stand unoccupied although they are occupiable. It is difficult to

tant que le paiement des taxes a été fait

> [TRADUCTION] sans préjudice au droit de la demanderesse de recouvrer le montant payé et d'en réclamer le remboursement ou de faire valoir l'inexactitude, l'inapplicabilité et la nullité des avis de taxes et des taxes perçues par Burlington.

Dans ces procédures-ci, la demanderesse cherche à obtenir une déclaration que les évaluations sont nulles et non avenues et demande le remboursement des taxes ainsi payées, avec intérêt depuis la date du paiement. La Cour divisionnaire a jugé que l'erreur alléguée par l'appelante ne relève pas de l'art. 76 de la Loi et que toutes les questions posées en vertu de *The Assessment Act*, y compris les questions soulevées en appel en vertu du par. 43(4), sont chose jugée. La Cour d'appel a rejeté l'appel (arrêt encore inédit) et préféré fonder sa décision sur l'effet de la prescription imposée par *The Assessment Act*. Le juge MacKinnon, tel était alors son titre, a dit ce qui suit au nom de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Bien que nous ayons certaines hésitations à qualifier la question de «chose jugée», nous sommes tous d'avis que l'addition au rôle de perception en l'espèce est une évaluation au sens de *The Assessment Act*, R.S.O. 1970, chap. 32 et ses modifications, qui a rendu applicables les délais de prescription prévus dans la Loi. Ces délais, qui fixent la période de temps accordée à une personne pour contester ces évaluations, sont depuis longtemps expirés. Même si le sens de la justice peut être offensé par l'insistance de la municipalité à obtenir le paiement des taxes dont l'appelante cherche maintenant à obtenir remboursement, la municipalité pouvait et peut invoquer la prescription et on doit y donner effet.

J'examinerai maintenant l'interprétation des dispositions législatives portant sur cette question et je fonde cet examen sur la considération fondamentale qu'il s'agit avant tout ici d'interpréter l'art. 8 de «An Act to amend The Assessment Act, 1968-69» intitulée *The Assessment Amendment Act, 1971*, 1971 (Ont.), chap. 79. Aux termes du par. 8(1), le législateur, comme je l'ai déjà mentionné, a retranché les mots «ou raisonnablement habitable» de l'al. 43(1)*a*) existant, dans le but évident d'accorder un allégement fiscal aux propriétaires d'immeubles inoccupés alors qu'ils sont habitables. Il est difficile de croire que le législa-

believe that the Legislature would pass such beneficial legislation with a view to according to the taxpayers of the province freedom from taxation on any value increase by reason of the completion of a building until such building becomes occupied, and at the same time, do so in a manner which completely negates and defeats any such purpose. This is the result which is brought about if s. 8 is read as though it had always been a part of the taxation machinery established in the comprehensive and rather complex *Assessment Act*.

This conclusion becomes apparent from an examination of the appeal provisions of *The Assessment Act* itself. I have already adverted to subs. (4) of s. 43 which, after authorizing the clerk of the municipality to add value or increase in value during the taxation year, grants a right of appeal from the clerk's actions providing such appeal is taken within the same time limits as are applicable to general appeals from assessment under s. 52. This latter section affords a general right of appeal to

> any person complaining of an error or omission in regard to himself, as having been wrongfully inserted in or omitted from the roll or as having been undercharged or overcharged by the assessor in the roll . . . .

This right of appeal must be taken within 14 days after the date upon which the assessment roll is required to be returned and under s. 43(4), the time is deemed to run from the day on which the added value is added to the collector's roll by the clerk of the municipality.

This initial appeal is taken to the Assessment Review Court. From the decision of the Assessment Review Court, appeal may be taken under s. 55 to the county judge of the county in which the property is situated. From the decision of the county judge an appeal lies by virtue of s. 63 to the Ontario Municipal Board. By subs. (2) of that section, an appeal to the Board is granted with respect to any decision of the county judge under s. 43 as well. By s. 63(8), an appeal is granted in these terms from the Board to the Ontario Court of Appeal:

teur ait pu adopter une loi aussi avantageuse aux fins d'accorder aux contribuables de la province une exemption de taxe sur toute augmentation de valeur en raison de l'achèvement d'un immeuble jusqu'à ce que cet immeuble soit habité et qu'en même temps, il le fasse d'une façon qui nie complètement ces fins et va tout à fait à leur encontre. Tel est le résultat obtenu si l'on interprète l'art. 8 comme s'il avait toujours fait partie du régime fiscal établi par *The Assessment Act*, une loi complète et plutôt complexe.

Cette conclusion devient évidente lorsque l'on examine les dispositions d'appel de *The Assessment Act* elle-même. J'ai déjà parlé du par. 43(4) qui permet au greffier de la municipalité d'ajouter la valeur ou l'augmentation de valeur pendant l'année d'imposition, puis accorde un droit d'appel à l'encontre de ses décisions à la condition que cet appel soit interjeté dans les mêmes délais que ceux qui s'appliquent aux appels généraux interjetés contre les évaluations faites en vertu de l'art. 52. Ce dernier article accorde un droit général d'appel à

> [TRADUCTION] toute personne qui se plaint d'une erreur ou omission commise à son égard du fait que son nom a par erreur été inscrit ou omis du rôle, ou que ses biens ont été sous-imposés ou surimposés par l'évaluateur dans le rôle . . .

Il faut exercer à ce droit d'appel dans les quatorze jours qui suivent la date à laquelle le rôle d'évaluation doit être déposé et, en vertu du par. 43(4), le délai court depuis le jour où l'augmentation de valeur est portée au rôle de perception par le greffier de la municipalité.

Ce premier appel est formé devant la Cour de révision de l'évaluation. En vertu de l'art. 55, un appel peut être interjeté de la décision de la Cour de révision de l'évaluation devant le juge de la Cour de comté où le bien-fonds est sis. Aux termes de l'art. 63, un appel peut être interjeté de la décision du juge de comté devant la Commission municipale de l'Ontario. Le paragraphe (2) de cet article accorde également un droit d'appel à la Commission relativement à toute décision du juge de comté rendue en vertu de l'art. 43. Le paragraphe 63(8) permet, dans les termes suivants, d'interjeter appel de la décision de la Commission à la Cour d'appel de l'Ontario:

(8) An appeal lies from the decision of the Ontario Municipal Board under this section to the Court of Appeal upon all questions of law or the construction of a statute, a municipal by-law, any agreement in writing to which the municipality concerned is a party, or any order of the Board.

It is also relevant to note the provisions of s. 64(1) relating to these successive appeals.

64 (1) Upon an appeal on any ground against an assessment, the Assessment Review Court, county judge or Ontario Municipal Board hearing an appeal under section 63, or the Court of Appeal, as the case may be, may reopen the whole question of the assessment so that omissions from, or errors in the assessment roll may be corrected, and the amount for which the assessment should be made, and the person or persons who should be assessed therefor may be placed upon the roll, and if necessary the roll of the municipality, even if returned as finally revised, may be opened so as to make it correct in accordance with the findings made on appeal.

Section 65 provides in these terms for the general scope of the appeal procedure:

65. (1) Upon a complaint or appeal with respect to an assessment, the Assessment Review Court, county judge or Ontario Municipal Board may review the assessment and, for the purpose of such review, has all the powers and functions of the assessor in making an assessment, determination of decision under this Act, and any such assessment, determination or decision made on review by the Assessment Review Court, county judge or Ontario Municipal Board shall, except as provided in subsection 2, be deemed to be an assessment, determination or decision of the assessor and has the same force and effect.

((2) Not here applicable.)

(3) For greater certainty, it is hereby declared that the provisions of sections 52, 55 and 63 respecting appeals are intended to establish machinery for the review of an assessment for the purpose of ensuring the administrative integrity of the assessment roll, and, except as provided in subsection 2, such provisions shall not be deemed to affect the right of any person to apply to a superior, county or district court for a judicial determination of any question relating to an assessment.

It is important to note the reference in subs. (3) to "machinery for the review of an assessment for the

[TRADUCTION] (8) Appel de la décision de la Commission municipale de l'Ontario rendue en vertu du présent article peut être interjeté à la Cour d'appel sur toute question de droit ou d'interprétation d'une loi, d'un règlement municipal, d'une entente écrite, à laquelle la municipalité intéressée est partie, ou d'une ordonnance de la Commission.

Il est également pertinent de noter le par. 64(1) qui se rapporte à ces appels successifs:

[TRADUCTION] 64 (1) En appel d'une évaluation, sur quelque motif que ce soit, la Cour de révision de l'évaluation, le juge de comté ou la Commission municipale de l'Ontario qui entend un appel en vertu de l'article 63, ou la Cour d'appel, selon le cas, peut réexaminer toute la question de l'évaluation afin que les omissions ou les erreurs du rôle d'évaluation puissent être corrigées et que le montant auquel le bien-fonds aurait dû être évalué et la personne ou les personnes qui auraient dû être cotisées puissent être inscrits au rôle et, au besoin, le rôle de la municipalité peut être modifié conformément aux conclusions de l'appel, même si l'état définitif a été déposé.

L'article 65 prévoit, dans les termes suivants, la portée générale de la procédure d'appel:

[TRADUCTION] 65 (1) Sur réception d'une plainte ou d'un appel relativement à une évaluation, la Cour de révision de l'évaluation, le juge de comté ou la Commission municipale de l'Ontario peut examiner de nouveau l'évaluation et, à cette fin, a les pouvoirs et les fonctions de l'évaluateur pour faire une évaluation, ou parvenir à une conclusion ou à une décision en vertu de la présente loi, et cette évaluation, cette conclusion ou cette décision de la Cour de révision de l'évaluation, du juge de comté ou de la Commission municipale de l'Ontario sera, sous réserve du paragraphe 2, réputée être une évaluation, une conclusion ou une décision de l'évaluateur et aura le même effet.

((2) Non applicable.)

(3) Pour plus de certitude, il est déclaré par les présentes que les articles 52, 55 et 63, qui donnent un droit d'appel, visent à établir un mécanisme de révision des évaluations afin d'assurer l'intégrité administrative du rôle d'évaluation et, sous réserve du paragraphe 2, ces dispositions ne portent pas atteinte au droit d'une personne de demander à une cour supérieure, une cour de comté ou de district une décision judiciaire sur toute question relative à une évaluation.

Il est important de noter la mention au par. (3) de la «procédure de révision d'une évaluation afin

purpose of ensuring ... administrative integrity ...". It is these sections together with s. 76, to which reference has already been made, which were invoked in the proceedings terminated by the judgment of Kelly J. A. noted above. The significance of this procedural description I will return to shortly.

By s. 66 of *The Assessment Act* a person assessed is given the right to apply by originating notice to the Supreme Court of Ontario or to the county court of the county in which the land is located "for the determination of any question relating to the assessment, except a question as to persons alleged to be wrongfully placed upon or omitted from the assessment roll or assessed at too high or too low a sum." From any decision under this section, an appeal lies to the Court of Appeal. It is clear from the record now before us that the Court of Appeal in 1974 were not sitting on an appeal under s. 66.

Section 67 provides:

67. No action or other proceeding, except an action or other proceeding brought by or on behalf of a municipality for the collection of arrears of taxes, shall be brought in court with respect to an assessment or taxes based thereon,

(*a*) except within sixty days after the day upon which the assessment roll is required by law to be returned, or within sixty days after the return of the roll, in case the roll is not returned within the time fixed for that purpose;

((*b*), (*c*), (*d*)—not here applicable)

provided, where an appeal is made to the Court of Appeal, no action or other proceeding shall be brought in any other court with respect to the assessment.

Sections 68 and 70 require notice. The former provides:

68. Where any part of an assessment is declared invalid or in error by the Supreme Court or a county court, the whole assessment is not thereby invalidated and the court may direct that the assessment roll be altered in accordance with its judgment and the clerk of the municipality concerned shall so alter the roll and shall write his name or initials against every alteration.

d'assurer ... l'intégrité administrative ...». Ce sont ces articles et l'art. 76, dont on a déjà fait mention, qui ont été invoqués dans les procédures qui ont abouti au jugement susmentionné du juge Kelly de la Cour d'appel. Je reviendrai sous peu à la signification de cette description de procédure.

L'article 66 de *The Assessment Act* permet à une personne cotisée de présenter une requête par avis introductif à la Cour suprême de l'Ontario ou à la Cour de comté où le bien-fonds est sis [TRADUCTION] «pour faire trancher toute question concernant l'évaluation, sauf une question relative aux personnes dont on allègue qu'elles ont par erreur été inscrites ou omises du rôle d'évaluation ou qu'elles ont été surimposées ou sous-imposées». Appel peut être interjeté à la Cour d'appel de toute décision rendue en vertu de cet article. Il se dégage nettement du dossier devant nous qu'en 1974 la Cour d'appel n'a pas entendu un appel en vertu de l'art. 66.

L'article 67 prévoit:

[TRADUCTION] 67. Aucune action ou autre procédure, à l'exception d'une action ou d'une autre procédure intentée par une municipalité ou en son nom pour le recouvrement d'arrérages de taxes, ne doit être intentée relativement à une évaluation ou aux taxes fondées sur celle-ci,

a) si ce n'est dans les soixante jours qui suivent le jour où le rôle d'évaluation doit être déposé conformément à la loi ou dans les soixante jours qui suivent le dépot du role lorsque le dépôt n'a pas lieu dans le délai fixé à cette fin;

(*b*), *c*), *d*)—non applicables;)

à la condition, lorsqu'un appel est interjeté en Cour d'appel, qu'aucune action ou autre procédure ne soit intentée dans aucune autre cour relativement à l'évaluation.

Les articles 68 et 70 doivent être mentionnés. Le premier prévoit:

[TRADUCTION] 68. Lorsque la Cour suprême ou une cour de comté déclare une partie d'une évaluation invalide ou erronée, l'évaluation entière n'est pas, par le fait même, invalidée et la cour peut ordonner la modification du rôle conformément à son jugement et le greffier de la municipalité intéressée doit modifier le rôle en conséquence et apposer sa signature ou ses initiales à chaque modification.

The latter section makes provision for the impact on business tax where the assessment of any real property is altered on an appeal or in an action.

The reach of the limitation periods prescribed in *The Assessment Act* has been the subject of examination in the Court of Appeal of Ontario on previous occasions. That Court decided in *Trans-Canada Pipe Lines Ltd. v. Township of Macaulay*[1] that jurisdictional defects (in that case relating to the failure to give notice of the hearing before the Court of Revision) were not subject to the limitation bar imposed by what is now s. 67. The Court of Appeal, speaking through Laskin J.A. as he then was, in *Toronto Transit Commission v. City of Toronto*[2], at p. 648, after noting the decision in the *Trans-Canada Pipe Lines* case, *supra*, added:

> . . . and there may be other situations which may justify its [*i.e.*, the limitation period's] exclusion.

The Court there was concerned with the wrongful denial of a statutory exemption granted under the then s. 4, now s. 3, and not with a lack of taxing authority by reason of the amendment to s. 43 as in the present case. In fact, the Court of Appeal in the *Toronto Transit Commission* case, *supra*, expressly found it unnecessary on the facts of that case to deal with the application of s. 43. The decision of the Court of Appeal was reversed on other grounds by this Court[3]. It is difficult to ascertain the standard by which the Court of Appeal in the first-mentioned case exempted the right of action from the operation of the statutory limitation period, and in the second-mentioned case applied the limitation provisions to the action in question. In the latter case, the Court presumably did so as the claim arose within "the machinery for the review of assessment" under the statute. This is quite a different situation from that now arising in this proceeding wherein the appellant calls into question the failure of the taxing authority to conform to the 1971 statute which all

[1] [1963] 2 O.R. 41.
[2] [1969] 2 O.R. 637.
[3] [1971] S.C.R. 746.

Le dernier article contient des dispositions relatives à l'effet sur la taxe commerciale de la modification de l'évaluation d'un bien-fonds par suite d'un appel ou d'une action.

La Cour d'appel de l'Ontario a examiné en d'autres occasions la portée de la prescription fixée par *The Assessment Act*. Dans *Trans-Canada Pipe Lines Ltd. v. Township of Macaulay*[1], la Cour d'appel a décidé que les moyens déclinatoires (dans cette affaire-là, le défaut de donner avis de l'audition devant la Cour de révision) n'étaient pas bloquées par la prescription imposée par ce qui est maintenant l'art. 67. Le juge Laskin, maintenant Juge en chef du Canada, parlant au nom de la Cour d'appel dans *Toronto Transit Commission v. City of Toronto*[2], à la p. 648, après avoir mentionné l'arrêt *Trans-Canada Pipe Lines*, précité, a ajouté:

> [TRADUCTION] . . . et il peut exister d'autres situations qui peuvent justifier son exclusion [celle de la prescription].

Dans cette affaire, la Cour devait examiner le refus injustifié d'accorder une exonération prévue à l'art. 4 de la Loi, maintenant l'art. 3, et non pas l'absence du pouvoir de taxer en raison de la modification apportée à l'art. 43 comme en l'espèce. En fait, dans l'affaire *Toronto Transit Commission*, précitée, la Cour d'appel a expressément jugé qu'il n'était pas nécessaire, compte tenu des faits, d'examiner l'application de l'art. 43. L'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé sur d'autres moyens par cette Cour[3]. Il est difficile de déterminer en vertu de quelle norme la Cour d'appel, dans le premier arrêt mentionné, a soustrait le droit d'action à l'effet de la prescription et, dans le second arrêt mentionné, a appliqué la prescription à l'action en cause. Dans le dernier cas, la Cour l'a probablement fait parce que la réclamation relevait du «mécanisme de révision des . . . évaluations» visée par la Loi. Cette situation est tout à fait différente de celle qui se présente en l'espèce où l'appelante conteste le défaut du fisc de se conformer à la loi de 1971 qui, de l'avis de toutes les

[1] [1963] 2 O.R. 41.
[2] [1969] 2 O.R. 637.
[3] [1971] R.C.S. 746.

parties agree is applicable to the appellant's lands during the 1971 taxation year.

A parallel may be drawn between the position of the Court sitting in disposition of the issues raised by the writ of summons herein and that of a court dealing with proceedings summarily commenced wherein the relief sought was the quashing of a by-law. Under *The Municipal Act* of Ontario, R.S.O. 1970, c. 284, ss. 282-286, procedures are established for the summary quashing of a by-law by the Supreme Court of Ontario. A like procedure appeared in the Manitoba municipal legislation and was the subject of examination by this Court in *Wiswell v. The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*[4], at p. 524, where Hall J. had this to say on the issue of whether or not the Court was confined to the statutory procedure, including its limitation periods, when dealing with a motion to quash a by-law:

> Even if the by-law was voidable only as argued by the respondent, I do not think that s. 206 of *The Metropolitan Winnipeg Act*, 1960 (Man.), c. 40, would bar the action for a declaratory judgment declaring the by-law invalid. The section in question appears to provide a summary procedure to quash by-laws of the Metropolitan Council but it does not apply to an action such as this. There is nothing in the section depriving the appellants of their right to bring an action to have the by-law declared invalid: *Wanderers Investment Co. v. The City of Winnipeg*, [1917] 2 W.W.R. 197, at p. 205.

Section 66 of *The Assessment Act* of Ontario, as mentioned above, likewise establishes a summary process for invoking a review by the courts of issues arising as a result of an assessment made under the statute. Applying the same reasoning I would conclude that the statute does not here preclude an action to contest the failure of the taxing authority to limit its taxation of the appellant's property to the authority granted by the Legislature under the 1971 statute.

We are here, of course, dealing with a statute passed in 1971 in which the Legislature has granted a specific, clear right to the appellant with

[4] [1965] S.C.R. 512.

parties, s'applique aux biens-fonds de l'appelante pour l'année d'imposition 1971.

Un parallèle peut être fait entre la situation de la cour qui doit statuer sur les questions posées par le bref d'assignation en l'espèce et celle d'une cour qui siège en procédures sommaires où le redressement demandé est l'annulation d'un règlement municipal. Les articles 282 à 286 de *The Municipal Act* de l'Ontario, R.S.O. 1970, chap. 284, fixent la procédure qui permet à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler de façon sommaire un règlement municipal. Une procédure semblable existait dans la législation municipale du Manitoba qui a été examinée par cette Cour dans *Wiswell c. The Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*[4], à la p. 524, où le juge Hall s'est exprimé ainsi sur la question de savoir si la Cour doit se limiter à la procédure prévue par la loi, y compris la prescription, lorsqu'elle examine une requête en annulation d'un règlement municipal:

> [TRADUCTION] Même si le règlement est annulable seulement de la manière invoquée par l'intimée, je ne crois pas que l'art. 206 de *The Metropolitan Winnipeg Act*, 1960 (Man.), chap. 40, constitue un obstacle à l'action en jugement déclaratoire pour en faire prononcer l'invalidité. L'article en question paraît prévoir une procédure sommaire pour l'annulation des règlements municipaux du Conseil métropolitain mais il ne s'applique pas à une action comme la présente. Rien dans l'article ne prive les appelants de leur droit de recourir à une action pour faire déclarer le règlement invalide: *Wanderers Investment Co. v. The City of Winnipeg*, [1917] 2 W.W.R. 197, à la p. 205.

L'article 66 de *The Assessment Act* de l'Ontario, comme je l'ai déjà mentionné, établit également une procédure sommaire pour demander un examen judiciaire de questions que soulève une évaluation faite en vertu de la Loi. Appliquant le même raisonnement, je conclus que la Loi n'exclut pas ici une action pour excès de pouvoir du fisc dans son imposition du bien-fonds de l'appelante, vu le pouvoir accordé par le législateur aux termes de la Loi de 1971.

Bien sûr, nous examinons ici une loi adoptée en 1971 dans laquelle le législateur accorde à l'appelante un droit précis et clair relativement à la

[4] [1965] R.C.S. 512.

respect to the taxation of its property. Section 67 may on one interpretation appear to stand in the way of the appellant in bringing an action to set aside an assessment and a taxation made under *The Assessment Act* but squarely in the face of the amendment made in July 1971. The municipality does not contest this fact but contents itself with saying that the money is simply unrecoverable in the face of the limitation periods in *The Assessment Act* itself. Section 67, in my view, does not contemplate or encompass the barring of such an action as here brought by the appellant. In its opening terms, s. 67 deals with an action brought in respect of an assessment or taxes based thereon. Section 43(1)(*a*) deals with the entry

> in the collector's roll, [of]
>
> (*a*) the value ... of any building ... that ... after the 1st day of January becomes occupied ...

In the words of s. 65(3), the appeal sections therein enumerated "are intended to establish machinery for the review of an assessment for the purpose of ensuring the administrative integrity of the assessment roll ..." with which we are here not concerned. The Court is here concerned with the determination of the impact of s. 43(1)(*a*) as amended on the tax recoverable through the collector's roll in respect of the appellant's property. I do not find the terminology in s. 67 so broad as to cut off and to defeat the right clearly granted by the Legislature, and indeed acknowledged by the municipality. In fact, given full rein, s. 67 would eliminate any chance for a taxpayer to recover the improperly collected moneys because the time therein specified for the taking of action by the property owner had expired before the Legislature enacted the amendment which granted the assessment relief.

The taxing municipality had no authority after July 23, 1971, to maintain the addition to the collector's roll in respect of the appellant's property theretofore added under the authority of the then existing subs. (1)(*a*). Faced with such a withdrawal of authority, the municipality should, in my view, have deleted the value so added to the collector's roll which in turn would have resulted in a recalculation of the tax demand by the municipality against the appellant/ratepayer. By the

taxation de son bien-fonds. Selon une interprétation possible, l'art. 67 pourrait empêcher l'appelante d'intenter une action en annulation d'une évaluation et d'une imposition faites en vertu de *The Assessment Act* mais carrément au mépris de la modification apportée en juillet 1971. La municipalité ne le conteste pas mais se contente de dire que l'argent ne peut être recouvré compte tenu des délais de prescription de *The Assessment Act* elle-même. L'article 67, à mon avis, n'envisage pas ou ne comprend pas l'exclusion d'une action comme celle intentée ici par l'appelante. Les premiers mots de l'art. 67 portent sur une action intentée relativement à une évaluation ou aux taxes y relatives. L'alinéa 43(1)*a*) concerne l'inscription

> [TRADUCTION] au rôle de perception [de]
>
> *a*) la valeur ... de tout immeuble ... qui, après le 1er janvier, devient habité ...

Aux termes du par. 65(3), les articles relatifs aux appels qu'il énumère «visent à établir un mécanisme de révision des évaluations afin d'assurer l'intégrité administrative du rôle d'évaluation ...» qui n'est pas en cause en l'espèce. Ici, la Cour doit déterminer l'effet de l'al. 43(1)*a*) modifié sur la taxe recouvrable par l'entremise du rôle de perception relativement au bien-fonds de l'appelante. A mon avis, le texte de l'art. 67 n'est pas si large qu'il a l'effet de supprimer ou de nier le droit clairement accordé par le législateur et d'ailleurs reconnu par la municipalité. En fait, si l'on donnait libre cours à l'art. 67, le contribuable serait totalement privé de la possibilité de recouvrer les montants perçus irrégulièrement parce que le délai que cet article lui accorde pour intenter l'action est venu à expiration avant que le législateur adopte la modification qui accorde l'allégement fiscal.

Après le 23 juillet 1971, la municipalité percep-trice n'avait pas le pouvoir de maintenir au rôle de perception l'augmentation de valeur du bien-fonds de l'appelante qu'elle y avait inscrite en vertu de l'al. (1)*a*) alors en vigueur. Face à pareille diminution de pouvoir, la municipalité aurait à mon avis dû radier l'augmentation ainsi ajoutée au rôle de perception, ce qui aurait entraîné un nouveau calcul de la taxe qu'elle réclamait à la contribuable appelante. Il ressort très clairement de cette procé-

clearest inference from the detailed, step-by-step procedure outlined in the statute, it was incumbent upon the respondent to notify the appellant of such a deletion from the collector's roll. Notice in this case, however, would have been meaningless because the required recalculation of the tax claim would itself have been notice of the action taken in response to the July 1971 amendment. Formal matters aside, the retention of the money by the municipality is a wrongful position, wrongfully maintained throughout the lengthy proceedings. In the simplest terms, the respondent acknowledges that it had no right to make the additional assessment nor to collect any taxes based on such additional assessment, and the respondent can demonstrate no right by which it can now retain the moneys thus obtained from the appellant.

I turn to the question of *res judicata*. This requires a determination of the issues before Kelly J.A. in 1974 and the various arguments, grounds, pleas and submissions which might have been properly placed before the Court of Appeal on that occasion. On this point, it is essential to bear in mind the procedure followed by the parties in reaching the Court of Appeal in 1974 and the issues actually determined by that Court. Those proceedings originated by an appeal to the Assessment Review Court and were interpreted by all parties as being an appeal with reference to s. 76 of the Act mentioned above, which section is invoked in the action leading to this appeal. Eventually the proceedings were broadened by the introduction of s. 63, and the Court of Appeal broadened the matter further by reviewing the impact of s. 43(4) under which the appeal in law was indeed launched in the first instance before the Assessment Review Court. In dealing with the role of the Assessment Review Court (referred to in earlier legislation as the Court of Revision), the Court of Appeal in the *Trans-Canada Pipe Lines* case, *supra*, speaking through McLennan J.A., had this to say:

> The learned trial Judge was of the opinion that the action of the Court of Revision could have been easily corrected on appeal to the County Court Judge under s. 75 [now s. 55]. In this I think he erred. The question of the jurisdiction of the Court of Revision is a question of law. On an appeal under s. 75 the County Court Judge

dure détaillée étape par étape dans la Loi que l'intimée avait le devoir d'informer l'appelante de pareille radiation du rôle de perception. Cependant, un avis n'aurait rien signifié puisque le nouveau calcul obligatoire de la taxe aurait, en soi, constitué un avis de la mesure prise par suite de la modification de juillet 1971. Abstraction faite de la procédure, la conservation des sommes par la municipalité constitue une situation injustifiable, maintenue à tort pendant toutes ces longues procédures. Dans les termes les plus simples, l'intimée reconnaît qu'elle n'avait aucun droit de faire l'évaluation additionnelle ni de percevoir les taxes consécutives et elle ne peut justifier d'aucun droit qui lui permet maintenant de retenir les sommes ainsi reçues de l'appelante.

J'examinerai maintenant la question de la chose jugée. Cela exige que l'on détermine quels étaient les points en litige, en 1974, devant le juge Kelly et les différents arguments, moyens, plaidoiries et prétentions qui ont pu être, à bon droit, invoqués devant la Cour d'appel à cette occasion. A ce sujet, il est essentiel de garder à l'esprit la procédure que les parties ont suivie jusqu'en Cour d'appel en 1974 et les points effectivement tranchés par cette dernière. Ces procédures ont commencé par un appel à la Cour de révision de l'évaluation que toutes les parties ont interprété comme un appel en vertu de l'art. 76 de la Loi, susmentionné, article qui est invoqué dans l'action qui a abouti à ce pourvoi-ci. Finalement, les procédures ont été élargies par le recours à l'art. 63 et la Cour d'appel a encore étendu l'affaire en examinant l'effet du par. 43(4) en vertu dequel l'appel en droit a effectivement été interjeté en première instance devant la Cour de révision de l'évaluation. En examinant le rôle de la Cour de révision de l'évaluation (que la loi antérieure appelait Cour de révision), la Cour d'appel, dans l'arrêt *Trans-Canada Pipe Lines*, précité, a dit par la voix du juge McLennan:

> [TRADUCTION] Le savant juge de première instance était d'avis que l'action de la Cour de révision aurait facilement pu être rectifiée par un appel au juge de la Cour de comté en vertu de l'art. 75 [l'art. 55 actuel]. Je crois qu'il se trompait. La question de la compétence de la Cour de révision est une question de droit. En appel

has no jurisdiction to deal with a question of law but is limited to the question of whether or not the values are too high or too low or whether persons are in fact wrongfully omitted from or placed upon the roll. *Quance v. Thomas A. Ivey & Sons, Ltd.*, [1950] 3 D.L.R. 656, [1950] O.R. 397; *Town of Brampton v. Hutchinson*, [1950] O.R. 491; *Toronto v. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*, [1955] 3 D.L.R. 641, [1955] S.C.R. 454. Therefore the County Court Judge could under no circumstances grant the remedy which the plaintiff seeks in this action and the plaintiff would have no remedy in this case under the appellate procedure under the *Assessment Act*.

While the learned trial Judge has found that in this case there was no fraud in the moral sense, if the construction which the appellant supports is placed on s. 88 it could be used as an instrument for a fraud in that as long as the fraud could be concealed until after the limitation period in s. 88, a person assessed would be deprived of any remedy. I cannot think that the intention of the Legislature in enacting s. 88 was to prevent persons from attacking proceedings either fraudulent in nature or *without legal effect because of the failure by the authorities to obey commands of the Legislature.*

Counsel for the respondent pointed out that the provisions of the Act relating to appeals from assessments and s. 88 were designed to achieve finality in assessment and taxation and to avoid the confusion necessarily resulting from changes in the assessment and the amount of tax after a lapse of time. No doubt this is so. It was so stated in the judgment of MacKay, J.A., in *Agudath Israel of Toronto v. Town of Orillia*, 32 D.L.R. (2d) 81 at p. 85, [1962] O.R. 305 at p. 309, but finality of assessment is purchased at too high a price if it countenances complete disregard of imperative statutory duties designed to ensure fairness. (p. 53)

(Italics added.)

The Court of Appeal decision in *Kew* in 1974 was given within the framework of an appeal launched before an administrative tribunal under *The Assessment Act*. I do not interpret s. 63(8) as extending the reach of these procedures so as to include the right of the Court of Appeal sitting thereunder to entertain an argument of nullity. It may be that in some circumstances a court might fall back on its inherent jurisdiction to entertain arguments on questions of law where the court is sitting in first instance as the heir of the ancient

en vertu de l'art. 75, le juge de la Cour de comté n'a aucune compétence pour examiner une question de droit; sa compétence se limite à la question de savoir si les valeurs sont trop élevées ou trop faibles ou si des personnes ont par erreur été omises ou inscrites sur le rôle. *Quance v. Thomas A. Ivey & Sons, Ltd.*, [1950] 3 D.L.R. 656, [1950] O.R. 397; *Town of Brampton v. Hutchinson*, [1950] O.R. 491; *Toronto v. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*, [1955] 3 D.L.R. 641, [1955] R.C.S. 454. Donc, absolument rien ne permettait au juge de la Cour de comté d'accorder le redressement demandé par la demanderesse dans cette action et la demanderesse n'a aucun recours dans cette affaire en vertu de la procédure d'appel prévue par *The Assessment Act*.

Bien que le juge de première instance ait conclu qu'en l'espèce il n'y avait pas eu fraude au sens moral, si l'on prête à l'art. 88 l'interprétation que lui donne l'appelante, il pourrait servir d'instrument de fraude parce que si la fraude est dissimulée jusqu'à l'expiration de la prescription prévue à l'art. 88, une personne cotisée sera privée de tout recours. Je ne crois pas qu'en édictant l'art. 88, le législateur ait voulu empêcher que l'on conteste des procédures, qu'elles soient de nature frauduleuse ou qu'elles soient *sans effet juridique en raison du défaut des autorités d'obéir au législateur.*

L'avocat de l'intimée a fait remarquer que les dispositions de la Loi relatives aux appels des évaluations et l'art. 88 visaient à donner un caractère définitif à l'évaluation et à la taxation et à éviter la confusion qui résulte nécessairement de modifications apportées à l'évaluation et au montant de la taxe après un certain temps. Cela est sans aucun doute vrai. C'est ce qu'a déclaré le juge MacKay de la Cour d'appel dans *Agudath Israel of Toronto v. Town of Orillia*, 32 D.L.R. (2d) 81 à la p. 85, [1962] O.R. 305 à la p. 309, mais c'est payer trop cher le caractère définitif de l'évaluation s'il doit favoriser le mépris complet des obligations imposées par la Loi pour assurer la justice. (à la p. 53)

(Les italiques sont de moi.)

L'arrêt de la Cour d'appel dans *Kew* en 1974 a été rendu dans le cadre d'un appel interjeté devant un tribunal administratif en vertu de *The Assessment Act*. Selon mon interprétation du par. 63(8), la portée de ces procédures n'est pas étendue de façon à inclure le droit de la Cour d'appel, siégeant en vertu de cet article, de statuer sur la nullité. Il se peut que dans certaines circonstances, une cour s'en remette à sa compétence inhérente pour connaître des questions de droit lorsqu'elle siège en première instance comme successeur des anciennes

royal courts of justice of general jurisdiction. The Court of Appeal is, of course, a purely statutory body and draws its authority from the parent statute and such other grants of power as may be found in other legislation. Those powers fall to be interpreted in the context of the legislation in question and such is the case with s. 63(8). That the Court of Appeal in 1974 were concerned with the machinery for the review of an assessment and questions of law pertaining thereto (I borrow the words employed by the Legislature itself in s. 65(3)), is evident from the detailed review of the assessment and legal consequences given to the matter by Kelly J.A. At p. 374 the learned Justice on appeal stated:

> The tax bill rendered on the basis of the increase in value entered in purported compliance with s. 43(1) was for an amount greater than it should have been had the clerk acted in accordance with the amended Act and had his action reflected the law which the Legislature stated to be in existence on January 1st.

He continued, again at p. 374:

> As I do not believe that the Legislature intended to deprive any owner of the right to appeal against any addition of increased value that became unauthorized by virtue of the amendment, I would consider that this owner, had he launched an appeal within 14 days of the day upon which the amendment came into force, would have, so far as was humanly possible, launched his appeal within the prescribed time after the notice came to him that the addition of the increased value to the collector's roll had become an objective error and one which, while previously made in good faith, by the action of the Legislature became an entry the making of which was unauthorized. However, as it appears that no formal action was taken by the owner nor were any proceedings launched until November, 1971, it has failed to bring itself within the time for appealing which the interpretation of the statute most favourable to it would have made mandatory.

Kelly J.A. goes on to point out that the jurisdiction of the Ontario Municipal Board, from which the appeal was brought to the Court of Appeal, did not include the determination of questions of law. For that purpose, s. 93 of *The Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1970, c. 323, provides, in the words of Kelly J.A., at p. 375:

cours royales de justice de droit commun. La Cour d'appel est, bien sûr, une entité purement créée par la loi et tire son pouvoir de sa loi organique et des attributions accordées par d'autres lois. Ces pouvoirs doivent être interprétés dans le contexte de la loi en question et tel est le cas du par. 63(8). Il se dégage clairement de l'analyse détaillée de l'évaluation et des conséquences juridiques qu'a faite le juge Kelly, qu'en 1974, la Cour d'appel examinait le mécanisme de révision d'une évaluation et les questions de droit y relatives (j'emprunte les mots employés par le législateur au par. 65(3)). A la p. 374, le savant juge a dit:

> [TRADUCTION] Le compte de taxes établi sur la base de l'augmentation de valeur présumément faite conformément au par. 43(1), était d'un montant supérieur à ce qu'il aurait dû être si le greffier s'était conformé à la loi modifiée et si son action avait tenu compte de la Loi que le législateur a déclaré être en vigueur le 1er janvier.

Il a poursuivi, toujours à la p. 374:

> [TRADUCTION] Puisque je ne crois pas que le législateur ait voulu priver un propriétaire du droit d'interjeter appel d'une augmentation de valeur qui n'est plus permise en vertu de la modification, je considère que si ce dernier avait interjeté un appel dans les quatorze jours de l'entrée en vigueur de la modification, il aurait, dans la mesure où cela est humainement possible, interjeté son appel dans le délai prévu après avoir appris que l'inscription de l'augmentation de valeur au rôle de perception était devenue une erreur objective qui, bien qu'elle ait été faite antérieurement de bonne foi, devenait, par l'action du législateur, une inscription non autorisée. Cependant, puisqu'il appert que le propriétaire n'a pris aucune mesure officielle et n'a entamé aucune procédure avant novembre 1971, il n'a pas profité du délai d'appel que l'interprétation la plus favorable de la Loi aurait rendu de rigueur.

Le juge Kelly poursuit en soulignant que la compétence de la Commission municipale de l'Ontario, dont la décision a été portée en appel devant la Cour d'appel, ne comprenait pas la détermination de questions de droit. A cette fin, l'art. 93 de *The Ontario Municipal Board Act*, R.S.O. 1970 chap. 323 prévoit, pour reprendre les mots du juge Kelly, à la p. 375:

. . . the sole machinery by which, when a question of law is raised before the Board, a judicial interpretation may be secured or that question of law settled.

It is none the less obvious that in many cases the Board in proceeding to deal with matters which are squarely within its jurisdiction must proceed on the assumption that a particular statute involved bears a certain meaning; where the construction is supported by judicial authority, or where the meaning is so obvious that it does not require judicial interpretation, there is no ground to challenge the Board's decision because it inherently applies the accepted construction. But in this case, assuming that it was required to proceed on some interpretation of s. 43(1) before a decision could be given on the question the parties laid before it, the Board would have had to decide as between the conflicting constructions advanced by the parties before it. The parties having joined issue on the very matter of the interpretation of the section, the Board's adoption of one or the other of the interpretations was a judicial act which was properly a matter for the Courts. Where, as here, a party challenges the construction that the Board assumes a section to have, a question of law is raised for the decision of which s. 93 of the Ontario Municipal Board Act should be invoked, i.e., the Board should state a case.

The Court of Appeal, of course, was not there dealing with a stated case, but rather with an appeal originating under s. 43(4). In essence, the Court decided only two things:

(a) the appeal was not brought within the time prescribed by s. 43(4);

and,

(b) the complaint pursuant to s. 76 "was not the appropriate one for securing relief from the taxes imposed".

The judgment does not decide that the appellant had no legal right to seek recovery of these moneys by an action at law in the appropriate forum. On these facts and on the basis of the jurisdiction invoked by the appellant, I do not find the 1974 decision has rendered the issue now before the Court *res judicata*.

[TRADUCTION] . . . le seul mécanisme qui permette, lorsqu'une question de droit est soulevée devant la Commission, une interprétation judiciaire ou la détermination de cette question de droit.

Il n'est pas moins évident que souvent, lorsque la Commission examine des questions qui relèvent entièrement de sa compétence, elle doit présumer du sens de la loi particulière applicable; lorsque l'interprétation est appuyée par la jurisprudence ou lorsque le sens est tellement évident qu'il n'exige pas d'interprétation judiciaire, il n'y a aucun motif de contester la décision de la Commission parce qu'elle applique naturellement l'interprétation acceptée. Mais, en l'espèce, si l'on présume qu'elle devait se fonder sur une certaine interprétation du par. 43(1) avant de pouvoir rendre une décision sur la question dont les parties l'avaient saisie, la Commission devait choisir entre les interprétations opposées soumises par les parties. Comme ces dernières ont engagé le débat sur la question même de l'interprétation de l'article, l'adoption, par la Commission, de l'une ou l'autre des interprétations est un acte judiciaire qui relève de la compétence des cours de justice. Lorsque, comme en l'espèce, une partie conteste l'interprétation que la Commission donne à un article, il se pose une question de droit et l'art. 93 de *The Ontario Municipal Board Act* doit être invoqué pour en décider, c.-à-d., la Commission doit formuler un exposé de cause.

Bien sûr, la Cour d'appel ne connaissait pas d'un exposé de cause, mais plutôt d'un appel fondé sur le par. 43(4). En fait, la Cour n'a tranché que deux points:

a) l'appel n'a pas été formé dans le délai prévu au par. 43(4);

et

b) la plainte en vertu de l'art. 76 [TRADUCTION] «ne permet pas d'obtenir un redressement à l'égard des taxes imposées».

L'arrêt ne décide pas que l'appelante n'avait juridiquement aucun droit pour chercher à recouvrer des sommes d'argent par une action devant le tribunal approprié. Compte tenu de ces faits et de la compétence invoquée par l'appelante, je ne conclus pas que la décision de 1974 donne naissance à l'exception de chose jugée à l'égard de la question maintenant soumise à la Cour.

Quite a different consideration was before this Court in *Town of Grandview v. Doering*[5] where the Court was concerned in a second action with a drainage problem identical to that with which the first action was commenced, except that the second action concerned damage to the lands of the plaintiff incurred in later years and by reason of a different type of flooding. The dissenting opinion viewed the second action as raising a new claim based on a different cause or source of damage. The majority concluded that the matter had been litigated or could have been litigated in the first action since the condition then existed. In that case, the same tribunal entertained each claim and was a Court of general jurisdiction. In this appeal the initial proceedings were raised under the statutory assessment review procedures and the first hearing took place before an administrative tribunal. After successive appeals, the last of which was to an administrative board, the matter reached the provincial Court of Appeal under the aforementioned statutory procedures. The second proceeding, the one now before us, is erected on the broad base of an action commenced by writ of summons and brought in a Court of general jurisdiction wherein the appellant claims a declaration and the return of moneys together with interest. Ritchie J., writing for the majority in *Grandview*, *supra*, rested his conclusion with respect to *res judicata* on several authorities, including *Phosphate Sewage Co. v. Molleson*[6] and *Fidelitas Shipping Co., Ltd. v. V/O Exportchleb*[7], wherein Lord Denning at p. 8 stated:

> The law, as I understand it, is this: if one party brings an action against another for a particular cause and judgment is given on it, there is a strict rule of law that he cannot bring another action against the same party for the same cause.

Such is not the situation here. This action is founded on the purported consequences in law of the actions of the taxing authority in respect of a

[5] [1976] 2 S.C.R. 621.
[6] (1879), 4 App. Cas. 801.
[7] [1965] 2 All E.R. 4.

Une question bien différente était soumise à cette Cour dans *Ville de Grandview c. Doering*[5] où, dans une seconde action, la Cour devait examiner un problème de drainage identique à celui qui avait fait l'objet de la première action, sauf que la seconde action visait les dommages causés aux terres du demandeur au cours des années suivantes en raison d'un type différent d'inondation. L'opinion dissidente a considéré la seconde action comme une nouvelle réclamation fondée sur une cause ou source de dommages différente. La majorité a conclu que la question avait été plaidée ou aurait pu l'être dans la première action puisque la situation existait alors. Dans cette affaire-là, le même tribunal a connu de chacune des réclamations et c'est un tribunal de droit commun. Dans le présent pourvoi, les procédures initiales ont été entamées conformément au mécanisme de révision de l'évaluation prévu par la Loi et la première audition a eu lieu devant un tribunal administratif. Après des appels successifs, dont le dernier était adressé à un organisme administratif, la question a été portée en cour d'appel provinciale en vertu du mécanisme susmentionné. La seconde procédure, celle qui nous est maintenant soumise, suit le cheminement général d'une action intentée par bref d'assignation devant un tribunal de droit commun; l'appelante cherche ainsi à obtenir une déclaration et le remboursement de sommes d'argent avec intérêt. Le juge Ritchie, qui écrivait pour la majorité dans l'arrêt *Grandview*, précité, a appuyé sa conclusion, relativement l'exception de chose jugée, sur plusieurs arrêts, y compris *Phosphate Sewage Co. v. Molleson*[6] et *Fidelitas Shipping Co., Ltd., v. V/O Exportchleb*[7], où lord Denning a dit à la p. 8:

> [TRADUCTION] Mon interprétation du droit applicable est la suivante: lorsqu'une partie intente une action contre une autre au regard d'un litige particulier et qu'on y rend jugement, il existe une règle juridique stricte selon laquelle cette partie ne peut intenter une autre action contre la même partie au regard du même litige.

Telle n'est pas la situation en l'espèce. Cette action-ci est fondée sur les conséquences juridiques qu'auraient les actes du fisc relativement à une

[5] [1976] 2 R.C.S. 621.
[6] (1879), 4 App. Cas. 801.
[7] [1965] 2 All E.R. 4.

year in which the Legislature reduced its authority to tax the appellant. Neither do I believe we are here concerned with issue estoppel (assuming cause of action estoppel has been successfully set aside above) as the issue which is fundamental to the appellant's action could not have been dealt with in the administrative chain comprised in the appeal machinery established under the statute "for the review of an assessment for the purpose of ensuring the administrative integrity of the assessment roll". *Vide Angle v. Minister of National Revenue*[8], at p. 254.

This matter came to this Court in a proceeding originating apparently by way of notice of motion brought by the respondent in Weekly Court wherein application was made to dismiss the action on several grounds including the issues of *res judicata* and the expiry of the statutory limitation period. This application was dismissed and leave was thereafter granted for an appeal to the Divisional Court. Before the matter was heard in Divisional Court, the parties agreed to a case being stated for the opinion of that Court. The Divisional Court allowed the appeal from the dismissal of the application in Weekly Court and dismissed the action with costs. The Divisional Court thereupon answered the six questions posed in the stated case. The Court of Appeal dismissed the appeal without dealing specifically with either the issue raised by the application to Weekly Court or the questions set out in the stated case.

I would, for the reasons set out above, allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and of the Divisional Court, and restore the order of Donohue J. sitting in Weekly Court on September 25, 1975; and answer the questions put in the stated case as follows:

1. Was the defendant entitled to add the Assessment Roll to the Collectors Roll, issue tax notices and impose taxes in the circumstances herein for the year 1971?—No.

2. Are the proceedings and decisions therein referred to in para. 10 of this stated case an attack by the plaintiff

[8] [1975] 2 S.C.R. 248.

année pour laquelle son pouvoir de taxer l'appelante a été réduit par le législateur. Je ne crois pas non plus qu'il soit question ici de chose jugée comme fin de non-recevoir (si l'on présume que la fin de non-recevoir pour même cause d'action a déjà été écartée ci-dessus) puisque la question au cœur de l'action de l'appelante n'aurait pas pu être réglée par le processus administratif compris dans le mécanisme d'appel établi par la Loi pour la «révision d'une évaluation afin d'assurer l'intégrité administrative du rôle d'évaluation». Voir *Angle c. Ministre du Revenu national*[8], à la p. 254.

Cette question est venue devant cette Cour dans une procédure qui a apparemment commencé par un avis de requête présenté par l'intimée devant la Cour des sessions hebdomadaires pour faire rejeter l'action sur plusieurs moyens, y compris l'exception de chose jugée et l'expiration du délai de prescription. Cette requête a été rejetée et autorisation d'appel à la Cour divisionnaire a été ensuite accordée. Avant que l'affaire ne soit entendue par la Cour divisionnaire, les parties ont convenu de lui soumettre un exposé de cause. La Cour divisionnaire a accueilli l'appel du rejet de la requête par la Cour des sessions hebdomadaires et a rejeté l'action avec dépens. La Cour divisionnaire a ensuite répondu aux six questions formulées dans l'exposé de cause. La Cour d'appel a rejeté l'appel sans examiner spécifiquement le litige soulevé par la requête devant la Cour des sessions hebdomadaires ou les questions énoncées dans l'exposé de cause.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel et de la Cour divisionnaire, de rétablir l'ordonnance rendue par le juge Donohue en Cour des sessions hebdomadaires le 25 septembre 1975 et de répondre comme suit aux questions formulées dans l'exposé de cause:

1. La défenderesse avait-elle droit d'amalgamer le rôle d'évaluation au rôle de perception, d'envoyer des avis de taxes et d'imposer des taxes dans les circonstances de l'espèce pour l'année 1971?—Non.

2. Les procédures et les décisions dont il est question au par. 10 de cet exposé de cause constituent-elles une

[8] [1975] 2 R.C.S. 248.

upon the collectors roll in this action?—If this question is whether the matter is *res judicata*, the answer is no.

3. Is the claim of the plaintiff herein barred by the limitation provisions contained in the *Assessment Act*?—No.

4. Is the plaintiff entitled to recover from the defendant the sum of $88,624.82 referred to in para. 2 above?—Yes.

5. If the answer to question 4 is yes, is the plaintiff entitled to interest and, if so, at what rate?—The issue of interest was not the subject of argument in this Court. In its statement of claim, the plaintiff asked for interest at the rate of 1 per cent per month from the date of payment of the claimed taxes, July 30, 1974, until repayment to the plaintiff-appellant, "the rate of interest being the same as that charged by the defendant to the plaintiff on arrears of taxes". The question of interest is complicated further by the fact that *The Judicature Act* was amended in 1977 by 1977 (Ont.), c. 51, s. 3(2) of which provides as follows:

> 3. (2) This section applies to the payment of money under judgments delivered after this section comes into force but no interest shall be awarded under this section for a period before this section comes into force.

The amending statute came into force on November 25, 1977.

The record filed by the parties in this Court does not disclose the precise nature of the proceedings in Weekly Court, nor is it apparent whether the parties have invoked Rules 124 and 125 as well as Rule 497*b* of the Rules of Practice of the Supreme Court of Ontario. Thus it is not clear that upon disposition of the stated case, the parties have in effect agreed that judgment shall go on the basis of the answers given. However, in its factum filed in this Court, the appellant asked that the judgment of the Court of Appeal "be set aside and that judgment be entered for the plaintiff as prayed in the statement of claim with interest at such rate as this honourable Court may determine". The response by the respondent to this proposal was simply that the appeal be dismissed. Under these circumstances, and bearing in mind the lengthy proceedings endured by the parties in this action and in the prior appeal proceeding, I think the proper course is to refer the interest issue to a Supreme Court judge sitting in Weekly Court for a determination on any evidence which the parties may wish to adduce in the manner authorized by the Rules of Court, of that part of question 5 which asks what rate of interest is applicable, it being my opinion that the

contestation par la demanderesse du rôle de perception dans cette action?—Si la question vise à savoir si l'affaire est chose jugée, la réponse est non.

3. La réclamation de la demanderesse est-elle irrecevable vu le délai de prescription fixée par *The Assessment Act*?—Non.

4. La demanderesse a-t-elle le droit de recouvrer de la défenderesse le montant de $88,624.82 dont il est question au par. 2 susmentionné?—Oui.

5. Si l'on répond oui à la question 4, la demanderesse a-t-elle droit aux intérêts et, dans l'affirmative, à quel taux?—La question de l'intérêt n'a fait l'objet d'aucun débat devant cette Cour. Dans sa déclaration, la demanderesse réclame des intérêts au taux de 1 p. cent par mois depuis la date du paiement des taxes réclamées, le 30 juillet 1974, jusqu'à ce qu'on la rembourse, [TRADUCTION] «le taux d'intérêt est le même que celui imposé par la défenderesse à la demanderesse sur les arrérages de taxes». La question de l'intérêt est encore compliquée du fait que *The Judicature Act* a été modifiée en 1977 par 1977 (Ont.), chap. 51, par. 3(2) dont voici le texte:

> [TRADUCTION] 3.(2) Le présent article s'applique au paiement d'argent imposé par des jugements rendus après son entrée en vigueur, mais aucun intérêt ne doit être accordé en vertu du présent article au titre d'une période antérieure à son entrée en vigueur.

La loi modificatrice est entrée en vigueur le 25 novembre 1977.

Le dossier déposé par les parties devant cette Cour ne révèle pas la nature précise des procédures devant la Cour des sessions hebdomadaires et rien n'indique clairement si elles ont invoqué les règles 124 et 125 et la règle 497*b*) des Règles de pratique de la Cour suprême de l'Ontario. On ne voit donc pas clairement si, après la décision sur l'exposé de cause, les parties ont effectivement convenu que le jugement devait être rendu conformément aux réponses données. Cependant, dans le mémoire qu'elle a déposé devant cette Cour, l'appelante demande que l'arrêt de la Cour d'appel [TRADUCTION] «soit infirmé et que jugement soit rendu en faveur de la demanderesse comme le demande la déclaration, avec intérêt au taux que fixera cette honorable Cour». La réponse de l'intimée à cette proposition était simplement que l'appel devait être rejeté. Dans ces circonstances, et compte tenu de la longueur des procédures que les parties ont dû subir dans cette action et dans les procédures d'appel antérieures, je crois qu'il convient de renvoyer la question de l'intérêt à un juge de la Cour suprême siégeant en Cour des sessions hebdomadaires pour qu'il rende une décision sur la partie de la question 5 relative au taux d'intérêt applicable, compte tenu de la

appellant is entitled to interest from and after July 30, 1974, being the date of payment under protest of the unauthorized demand for taxes.

6. As between the plaintiff and defendant, who shall pay the costs of these proceedings?—The respondent shall pay the costs of these proceedings in this Court and in all the Courts below to the appellant.

For these purposes, the application in Weekly Court shall, as the parties apparently intended, be treated as a motion for judgment and judgment shall be entered against the respondent in the amount of $88,624.82 with interest from July 30, 1974, until date of payment at such rate or rates of interest as may be found applicable by a judge of the Supreme Court of Ontario sitting in Weekly Court. One can be excused, looking back over this long trail of appeals, actions and hearings, for hoping that this matter can now be disposed of without further protracted proceedings.

Judgment accordingly.

Solicitor for the plaintiff, appellant: Boris G. Freesman, Toronto.

Solicitors for the defendant, respondent: Weir & Foulds, Toronto.

preuve que les parties voudront bien lui présenter conformément aux règles de la cour. Je suis en effet d'avis que l'appelante a droit à des intérêts à compter du 30 juillet 1974, date du paiement sous réserve suite à la réclamation non autorisée de taxes.

6. Qui, de la demanderesse ou de la défenderesse, doit payer les dépens de ces procédures?—L'intimée doit payer les dépens de l'appelante en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pour ces motifs, la requête en Cour des sessions hebdomadaires doit, comme les parties la veulent apparemment, être traitée comme une requête pour jugement et il est adjugé à l'intimée la somme de $88,624.82 avec intérêt à compter du 30 juillet 1974 jusqu'au jour du paiement selon le ou les taux d'intérêt que fixera un juge de la Cour suprême de l'Ontario siégeant en Cour des sessions hebdomadaires. Lorsque l'on regarde cette suite d'appels, d'actions et d'auditions, il est bien compréhensible d'espérer que cette question puisse être tranchée sans plus de retard.

Jugement en conséquence.

Procureur de la demanderesse, appelante: Boris G. Freesman, Toronto.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Weir & Foulds, Toronto.

National Freight Consultants Inc. and National Freight Systems *Appellants*;

and

Motor Transport Board, Reimer Express (Pacific) Ltd. and Alberta Motor Transport Association *Respondents.*

1979: October 31, November 1; 1980: May 6.

Present: Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Carriers — Common carriers — Extraprovincial licence issued by provincial transport board valid — Provincial seizure powers not displaced by federal legislation — Motor Vehicle Transport Act, R.S.C. 1970, c. M-14, ss. 3, 5, 6 — The Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, c. 300, ss. 3, 58.

The Alberta Motor Transport Board issued a licence for the transportation of general cargo from Calgary, Alberta, to the Alberta/British Columbia boundary for furtherance to two points therein specified in the Province of British Columbia. This licence the appellants acquired by a transfer approved by the Alberta Board. The British Columbia Motor Carrier Commission thereafter issued a licence to the appellants authorizing the transportation of certain specified materials and articles from the Vancouver area to the British Columbia/Alberta boundary. The appellants sought to transport the cargo specified in the Alberta licence from Vancouver to Calgary either under a combination of the two licences or by reason of the Alberta licence alone or by reason of their right at law, untrammelled by the Alberta statute (in the submission of the appellants), to transport interprovincial cargo into and out of the Province of Alberta without reference to the Alberta licensing agency.

In the course of the differences which arose between the parties, the Alberta Board seized some of the appellants' trucks and cargo transported therein. Proceedings were then instituted by the appellants for a declaration that the actions of the Alberta Board "which purport to affect the operations of the [appellants] in the Province of British Columbia or any jurisdiction outside the Province of Alberta are *ultra vires* of the [respondent] ..."; and " ... any action by the [respondent] which

National Freight Consultants Inc. et National Freight Systems *Appelantes*;

et

Motor Transport Board, Reimer Express (Pacific) Ltd. et Alberta Motor Transport Association *Intimées.*

1979: 31 octobre, 1 novembre; 1980: 6 mai.

Présents: Les juges Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Voituriers — Voituriers publics — Validité d'un permis extra-provincial délivré par une commission provinciale de transport — Loi fédérale sans effet sur les pouvoirs provinciaux de saisie — Loi sur le transport par véhicule à moteur, S.R.C. 1970, chap. M-14, art. 3, 5, 6 — The Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, chap. 300, art. 3, 58.

L'Alberta Motor Transport Board a délivré un permis pour le transport de marchandises générales de Calgary (Alberta) jusqu'à la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique à destination de deux points de la Colombie-Britannique spécifiés dans le permis. Les appelantes ont obtenu ce permis aux termes d'une cession approuvée par la commission de l'Alberta. La British Columbia Motor Carrier Commission a subséquemment délivré aux appelantes un permis de transport de matériaux et d'outillage spécifiés de la région de Vancouver jusqu'à la frontière entre la Colombie-Britannique et l'Alberta. Les appelantes cherchent à transporter de Vancouver à Calgary les marchandises spécifiées dans le permis délivré par la commission de l'Alberta sous l'autorité des deux permis réunis ou du permis délivré par la commission de l'Alberta seulement ou en vertu de leur droit général, non entravé, selon elles, par la Loi de l'Alberta, de faire du transport interprovincial en direction et en provenance de la province de l'Alberta, sans tenir compte de l'organisme albertain chargé de délivrer les permis.

Au cours du différend qui a opposé les parties, l'Alberta Board a saisi quelques camions de l'appelante et la marchandise qu'ils transportaient. Les appelantes ont institué des procédures en vue d'obtenir un jugement qui déclarerait que les actes de la commission de l'Alberta «qui visent à porter atteinte à l'activité des [appelantes] dans la province de la Colombie-Britannique ou dans tout ressort à l'extérieur de la province de l'Alberta excèdent les pouvoirs de l'[intimée] ...»; et « ... toute

purports to affect the operations of that part of the [appellants'] business which constitutes the transportation of merchandise which originates in Alberta from Alberta to any other jurisdiction is *ultra vires* of the [respondent]; and for restraining orders and related relief and remedies.

A further claim was made for damages for seizure of the appellants' equipment whatever the outcome of the appeal might be with respect to the licensing issue.

The action succeeded at trial. On appeal by the respondent Board to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, the appeal was allowed. The appellants then appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 3 of the *Motor Vehicle Transport Act*, R.S.C. 1970, c. M-14, reads:

> 3. (1) Where in any province a licence is by the law of the province required for the operation of a local undertaking, no person shall operate an extra-provincial undertaking in that province unless he holds a licence issued under the authority of this Act.
>
> (2) The provincial transport board in each province may in its discretion issue a licence to a person to operate an extra-provincial undertaking into or through the province upon the like terms and conditions and in the like manner as if the extra-provincial undertaking operated in the province were a local undertaking.

Section 3 should be read as an entity and not as two isolated or unrelated subprovisions. Inside the province the extraprovincial undertaking must hold a licence from the local board sitting as a federally authorized agency under subs. (1). Subsection (2) must be dealing with something additional. If the word "through" is confined to that part of the extraprovincial undertaking "in" the province, then subs. (2) adds nothing to subs. (1). If "into" on the other hand recognizes the existence of that part of the extraprovincial undertaking operating outside the province, for the purpose of ascertaining and licensing the transportation service from its point of origin, then something additional to subs. (1) is introduced into s. 3. If the subsection is read on such a restricted basis as to exclude any authorization in respect of transportation services "out of" the province, an unrealistic result is produced. The provincial board in the discharge of its federal functions may then apply its regulatory authority to all aspects of the transportation of goods by motor vehicles except the extraprovincial transportation of goods which originates in the province.

action de l'[intimée] qui tend à porter atteinte à l'activité de la partie de l'entreprise des [appelantes] qui consiste à transporter des marchandises de l'Alberta, d'où elles proviennent, vers tout autre ressort, excède les pouvoirs de l'[intimée]»; et, d'autre part, des ordonnances de ne pas faire et les redressements y afférents.

Une réclamation a été faite pour les dommages-intérêts causés par la saisie de l'équipement des appelantes, quelle que soit l'issue du pourvoi sur la question des permis.

L'action a été maintenue en première instance. La Commission intimée a interjeté appel à la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a accueilli l'appel. D'où le pourvoi des appelantes devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'article 3 de la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*, S.R.C. 1970, chap. M-14, se lit comme suit:

> 3. (1) Lorsque, dans une province, la loi de la province exige un permis pour la mise en service d'une entreprise locale, nulle personne ne doit y exploiter une entreprise extra-provinciale, sauf si elle détient un permis délivré sous l'autorité de la présente loi.
>
> (2) La commission provinciale de transport, dans chaque province, peut, à sa discrétion, délivrer à une personne un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci, aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale.

L'article 3 doit être considéré comme un tout et non comme deux dispositions isolées ou sans rapport entre elles. Dans les limites de la province, l'entreprise extra-provinciale doit détenir un permis délivré par la commission de transport locale siégeant à titre d'organisme délégué du fédéral conformément au par. (1). Le paragraphe (2) doit donc viser quelque chose de plus. Si l'expression «en passant à travers» la province se limite à cette partie de l'entreprise extra-provinciale qui «y» est exploitée, alors le par. (2) n'ajoute rien au par. (1). Si, par contre, l'expression «en pénétrant dans» la province reconnaît l'existence de cette partie de l'entreprise extra-provinciale exploitée à l'extérieur de la province, en vue de déterminer le service de transport et de lui délivrer un permis à partir de son point d'origine, alors l'art. 3 va plus loin que son seul par. (1). Si l'on attribue au paragraphe un sens si restreint qu'il exclut toute autorisation à l'égard de services de transport «hors de» la province, on en arrive à un résultat peu réaliste. La commission provinciale dans l'exécution de ses fonctions fédérales peut alors appliquer son pouvoir de réglemen-

It is difficult to understand how the public interest would be ascertained and served in the discharge of its regulatory function if such a board could not extend its activities and its regulatory impact to what would appear to be a very significant, if not the most important, part of the regulations of motor vehicle transport in relation to its provincial community.

Section 3(2) clearly encompasses the licensing of an extraprovincial undertaking operating in, across, into and out of the province whether such transportation service relates to the interprovincial or international carriage of goods. This conclusion was reached in reliance upon the words in subs. (2), that is, "into or through the province", as well as the definition of an "extra-provincial undertaking" in s. 2 of the Act where that expression is defined as including an undertaking "for the transport . . . of goods . . . connecting a province with any other . . . or extending beyond the limits of a province".

Accordingly, the extra-provincial licence issued by the Alberta Board was valid.

The claim for damages failed. Section 6(1) of the *Motor Vehicle Transport Act*, which imposes penalties for a breach of the Act, does not displace the provincial seizure powers under s. 58 of *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, c. 300.

Coughlin v. Ontario Highway Transport Board, [1968] S.C.R. 569; *R. v. Smith*, [1972] S.C.R. 359; *Attorney General of Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; *Re Kleysen's Cartage Co. Ltd. and Motor Carrier Board of Manitoba* (1965), 48 D.L.R. (2d) 716; *R. v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1970] 1 O.R. 262; *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1972] S.C.R. 811; *Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd. v. Lieutenant-Governor in Council of British Columbia* (1963), 42 D.L.R. (2d) 82; *R. v. Glibbery* (1962), 36 D.L.R. (2d) 548; *R. v. Isaac*, [1973] 3 O.R. 833, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta[1], allowing an appeal from a judgment of McDonald J. Appeal dismissed.

[1] [1979] 2 W.W.R. 534, 96 D.L.R. (3d) 278.

tation à tous les aspects du transport de marchandises par véhicule à moteur, à l'exception du transport extra-provincial de marchandises dont le point de départ se situe dans la province. On voit mal comment l'intérêt public pourrait être servi si, dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, pareille commission ne peut étendre son activité et sa réglementation à ce qui est apparemment une partie très importante sinon la partie la plus importante de la réglementation du transport par véhicule à moteur dans une province.

Le paragraphe 3(2) englobe clairement la délivrance d'un permis à une entreprise extra-provinciale qui fait affaire dans la province, hors de celle-ci, en passant à travers celle-ci ou en y pénétrant, que ce service de transport se rapporte au transport interprovincial ou international de marchandises. La conclusion est fondée en ce sens sur les termes du par. (2), savoir «en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci» de même que sur la définition d'une «entreprise extra-provinciale» à l'art. 2 de la Loi qui comprend une entreprise «pour le transport . . . de marchandises . . . reliant une province à une autre . . . ou s'étendant au-delà des limites d'une province».

Par conséquent, le permis extra-provincial délivré par la commission de l'Alberta est valide.

La réclamation en dommages-intérêts est rejetée. Le paragraphe 6(1) de la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*, qui impose une sanction pour la violation de la Loi, n'a pas rendu inapplicable les pouvoirs provinciaux de saisie en vertu de l'art. 58 de *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, chap. 300.

Jurisprudence: *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *R. c. Smith*, [1972] R.C.S. 359; *Procureur général de l'Ontario c. Winner*, [1954] A.C. 541; *Re Kleysen's Cartage Co. Ltd. and Motor Carrier Board of Manitoba* (1965), 48 D.L.R. (2d) 716; *R. v. Canadian American Transfer Ltd.*, [1970] 1 O.R. 262; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Limited*, [1972] R.C.S. 811; *Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd. v. Lieutenant-Governor in Council of British Columbia* (1963), 42 D.L.R. (2d) 82; *R. v. Glibbery* (1962), 36 D.L.R. (2d) 548; *R. v. Isaac*, [1973] 3 O.R. 833.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a accueilli l'appel interjeté du jugement du juge McDonald. Pourvoi rejeté.

[1] [1979] 2 W.W.R. 534, 96 D.L.R. (3d) 278.

T. J. Duckworth, Q.C., and *E. N. Vink*, for the appellants.

A. P. Hnatiuk and *S. G. Fowler*, for the respondent Motor Transport Board.

P. G. Ponting, for the respondents, Reimer Express (Pacific) Ltd. and Alberta Motor Transport Association.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The proceedings giving rise to this appeal originated with a licence issued by the Alberta Motor Transport Board (hereinafter referred to as the Alberta Board) for the transportation of general cargo from Calgary, Alberta, to the Alberta/British Columbia boundary for furtherance to two points therein specified in the Province of British Columbia. This licence the appellants acquired by a transfer approved by the Alberta Board. The British Columbia Motor Carrier Commission (hereinafter referred to as the B.C. Board) thereafter issued a licence to the appellants authorizing the transportation of certain specified materials and articles from the Vancouver area to the British Columbia/Alberta boundary. The appellants seek to transport the cargo specified in the Alberta licence from Vancouver to Calgary either under a combination of the two licences or by reason of the Alberta licence alone or by reason of their right at law, untrammelled by the Alberta statute (in the submission of the appellants), to transport interprovincial cargo into and out of the Province of Alberta without reference to the Alberta licensing agency.

In the course of the differences which arose between the parties the respondents seized the equipment of the appellants and a further claim is made in these proceedings for damages for such seizure whatever the outcome of the appeal may be with respect to the licensing issue.

It should be said at the outset that we are here no longer concerned with any constitutional issue concerning the right of the federal government to

T. J. Duckworth, c.r. et *E. N. Vink*, pour les appelantes.

A. P. Hnatiuk et *S. G. Fowler*, pour l'intimée Motor Transport Board.

P. G. Ponting, pour les intimées, Reimer Express (Pacific) Ltd. et Alberta Motor Transport Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Les procédures à l'origine de ce pourvoi découlent d'un permis délivré par l'Alberta Motor Transport Board (ci-après appelée la commission de l'Alberta) pour le transport de marchandises générales de Calgary (Alberta) jusqu'à la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique à destination de deux points de la Colombie-Britannique spécifiés dans le permis. Les appelantes ont obtenu ce permis aux termes d'une cession approuvée par la commission de l'Alberta. La British Columbia Motor Carrier Commission (ci-après appelée la commission de la Colombie-Britannique) a subséquemment délivré aux appelantes un permis de transport de matériaux et d'outillage spécifiés de la région de Vancouver jusqu'à la frontière entre la Colombie-Britannique et l'Alberta. Les appelantes cherchent à transporter de Vancouver à Calgary les marchandises spécifiées dans le permis délivré par la commission de l'Alberta sous l'autorité des deux permis réunis ou du permis délivré par la commission de l'Alberta seulement ou en vertu de leur droit général, non entravé, selon elles, par la Loi de l'Alberta, de faire du transport interprovincial en direction et en provenance de la province de l'Alberta, sans tenir compte de l'organisme albertain chargé de délivrer les permis.

Au cours du différend qui a opposé les parties, les intimées ont saisi l'équipement des appelantes; ces dernières réclament donc des dommages-intérêts à cause de cette saisie, quelle que soit l'issue du pourvoi sur la question des permis.

Il convient de souligner au départ qu'en l'espèce, cette Cour n'a plus à examiner la question constitutionnelle concernant le droit du gouvernement

enact the *Motor Vehicle Transport Act* by virtue of the decision of this Court in *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*[2] and *The Queen v. Smith*[3].

The portion of the Alberta licence here in issue states:

EXTRA PROVINCIAL OPERATING AUTHORITY CERTIFICATE

CERTIFICATE HOLDER National Freight Consultants Inc.

. . .

BY VIRTUE OF AUTHORITY VESTED IN THE HIGHWAY TRAFFIC BOARD OF THE PROVINCE OF ALBERTA BY THE MOTOR VEHICLE TRANSPORT ACT (STATUTES OF CANADA) AND THE PUBLIC SERVICE VEHICLES ACT OF ALBERTA BEING CHAPTER 300 R.S.A. 1970, AUTHORITY IS HEREBY GRANTED TO OPERATE PUBLIC SERVICE VEHICLES OUT OF, INTO OR THROUGH THE PROVINCE OF ALBERTA IN EXTRA-PROVINCIAL UNDERTAKINGS FOR THE FOLLOWING PURPOSES AND IN ACCORDANCE WITH THE FOLLOWING SCHEDULE:

. . .

[Paragraphs (*a*) to (*e*) inclusive are not herein relevant.]

(*f*) Commodities: General Merchandise.

From: Calgary, Alberta.

To: Alberta/British Columbia boundary for furtherance to Golden and Revelstoke and vice versa.

NOTE: This Operating Authority Certificate expires on June 7th, 1977, and will not be renewed unless equivalent authority is filed from British Columbia, under the new name of National Freight Consultants Inc., prior to June 7th, 1977, a copy of which is to be filed with this Board.

THE AUTHORITY GRANTED BY THIS CERTIFICATE AS IT APPLIES TO ANY ONE JURSIDICTION IS SUBJECT TO THE CONDITION THAT THE HOLDER THEREOF OBTAINS OR HOLDS EQUIVALENT AUTHORITY FROM THAT JURISDICTION.

[2] [1968] S.C.R. 569.
[3] [1972] S.C.R. 359.

fédéral d'adopter la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* vu les arrêts de cette Cour, *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*[2] et *La Reine c. Smith*[3].

La partie pertinente du permis délivré par la commission de l'Alberta se lit comme suit:

[TRADUCTION]

CERTIFICAT D'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE EXTRA-PROVINCIALE

TITULAIRE: National Freight Consultants Inc.

. . .

EN VERTU DU POUVOIR CONFÉRÉ À LA HIGHWAY TRAFFIC BOARD DE L'ALBERTA SOUS L'AUTORITÉ DE LA LOI SUR LE TRANSPORT PAR VÉHICULE À MOTEUR (STATUTS DU CANADA) ET DE THE PUBLIC SERVICE VEHICLES ACT DE L'ALBERTA (CHAPITRE 300, R.S.A. 1970), AUTORISATION EST PAR LES PRÉSENTES OCTROYÉE À DES ENTREPRISES EXTRA-PROVINCIALES D'EXPLOITER DES VÉHICULES D'ENTREPRISE PUBLIQUE QUI PÉNÈTRENT DANS LA PROVINCE DE L'ALBERTA, EN SORTENT OU LA TRAVERSENT POUR LES FINS CI-APRÈS ÉNONCÉES ET CONFORMÉMENT À LA LISTE QUI SUIT:

. . .

[Les alinéas *a*) à *e*) ne sont pas pertinents en l'espèce.]

f) Marchandises: de type général.

De: Calgary (Alberta).

À: La frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique à destination de Golden et de Revelstoke et vice versa.

NOTE: Ce certificat d'exploitation expire le 7 juin 1977. Il ne sera pas renouvelé à moins qu'une demande d'autorisation semblable ne soit déposée en Colombie-Britannique, sous la nouvelle raison sociale de National Freight Consultants Inc., avant le 7 juin 1977, dont copie devra être déposée à la Commission.

DANS LA MESURE OÙ L'AUTORISATION OCTROYÉE AUX TERMES DE CE CERTIFICAT S'APPLIQUE À UN AUTRE RESSORT, ELLE N'EST VALIDE QUE SI LE TITULAIRE DU CERTIFICAT OBTIENT OU DÉTIENT UNE AUTORISATION ÉQUIVALENTE DE CE RESSORT-LÀ.

[2] [1968] R.C.S. 569.
[3] [1972] R.C.S. 359.

THIS AUTHORITY DOES NOT GRANT PERMISSION TO ENGAGE IN ANY FORM OF INTRA-PROVINCIAL OPERATION.

THIS CERTIFICATE PERMITS LOADING OR UNLOADING ONLY AT POINTS DESIGNATED.

THIS CERTIFICATE SHALL NOT BE CAPITALIZED, SOLD, ASSIGNED, LEASED OR TRANSFERRED WITHOUT THE PRIOR WRITTEN APPROVAL OF THE BOARD.

* THIS CERTIFICATE EXPIRES, UNLESS OTHERWISE REVOKED OR CANCELLED BY THE BOARD, MIDNIGHT June 7th, 1977.

ISSUED AT EDMONTON, ALBERTA THIS 7TH DAY OF June, 1976.

Shortly thereafter, on June 11, 1976, the Board issued an Intra-Provincial Operating Authority Certificate to the appellants authorizing the transfer of general merchandise "from point to point within the Province of Alberta".

By its order issued on October 25, 1976, the B.C. Board, purporting likewise to act under both the British Columbia legislation (the *Motor Carrier Act*, R.S.B.C. 1960, c. 252) and the above-noted federal legislation, issued to the appellants a licence upon the following terms:

Commodities to be carried:

Building materials including glass and reinforcing steel; machinery and construction equipment, which because of size or weight requires the use of special loading or unloading equipment, or is self-loaded or unloaded under its own power (Charter Trips)

For whom to be carried:

One individual or company only at any one time

Area, route or territory:

From Vancouver and points situated within 45 road-miles of its boundaries transported to the B.C.-Alberta border or vice versa.

Thereafter the appellants were notified by the Alberta Board that it was making "spot checks" in order to determine whether or not the appellants were operating in violation of their Alberta author-

* The Court is advised that this certificate is being re-issued on an annual basis until this litigation is complete.

LA PRÉSENTE AUTORISATION INTERDIT TOUTE FORME D'EXPLOITATION D'ENTREPRISE INTRAPROVINCIALE.

LE PRÉSENT CERTIFICAT PERMET LE CHARGEMENT OU LE DÉCHARGEMENT AUX ENDROITS DÉSIGNÉS SEULEMENT.

LE PRÉSENT CERTIFICAT NE DOIT ÊTRE NI CAPITALISÉ, NI VENDU, NI CÉDÉ, NI LOUÉ NI TRANSFÉRÉ SANS L'APPROBATION ÉCRITE PRÉALABLE DE LA COMMISSION.

* LE CERTIFICAT EXPIRE À MINUIT le 7 juin 1977, SAUF SA RÉVOCATION OU SON ANNULATION PAR LA COMMISSION.

DÉLIVRÉ À EDMONTON (ALBERTA) le 7 juin 1976.

Peu après, soit le 11 juin 1976, la Commission a délivré un Certificat d'exploitation d'une entreprise intra-provinciale aux appelantes pour leur permettre de faire le transport de marchandises générales [TRADUCTION] «d'un endroit à un autre dans les limites de la province de l'Alberta».

Par un ordre rendu le 25 octobre 1976, la commission de la Colombie-Britannique, prétendant également agir en vertu de la loi provinciale (la *Motor Carrier Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 252) et de la loi fédérale susmentionnée, délivrait aux appelantes le permis suivant:

[TRADUCTION]

Marchandises à être transportées:

Des matériaux de construction y compris du verre et de l'acier d'armature; de la machinerie et de l'équipement de construction qui à cause de sa dimension ou de son poids nécessite l'utilisation d'un équipement spécial pour le charger ou le décharger, ou qui est autonome à cet égard. (voyages sous contrat d'affrètement).

Pour le compte de:

Un seul particulier ou une seule compagnie à la fois.

Secteur, parcours ou territoire:

De Vancouver et d'autres endroits situés dans un rayon de 45 milles de ses limites jusqu'à la frontière entre la Colombie-Britannique et l'Alberta ou vice versa.

La commission de l'Alberta a ensuite avisé les appelantes qu'elle procéderait à des «contrôles intermittents» afin de déterminer si ces dernières contrevenaient à l'autorisation qu'elle leur avait

* On a avisé cette Cour de la reconduction annuelle du certificat jusqu'au terme du présent litige.

ization. The initial response of the appellants was to seek an audience with the Alberta Board to discuss its operations under the authorities issued by the two provinces. Ultimately, the Alberta Board notified the appellants, pursuant to *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, c. 300, to appear before the Board "to show cause why the Board would not suspend, revoke, alter or amend Alberta Extra-Provincial Operating Authority ...". During the early months of 1977, discussions (oral and by correspondence) took place between the parties culminating in the assertion by the appellants of their right to continue the transportation of goods between Calgary and Vancouver without further or other licences. Consequently, the Alberta Board seized some of the appellants' trucks and cargo transported therein thus causing the appellants to make arrangements with other truck operators to forward the cargo to its destination. There is little doubt, for what relevance it may have, that the appellants consistently took the view that the Alberta Board had no jurisdiction to prevent the appellants from operating transportation service between Vancouver and Calgary. In fact, the appellants invited the Alberta Board to challenge this alleged right by laying charges against the appellants, presumably under either the federal or the Alberta statute, or both. The Alberta Board responded by seizing the cargo being transported by the appellants and these proceedings were then instituted by the appellants for a declaration that the actions of the Alberta Board "which purport to affect the operations of the [appellants] in the Province of British Columbia or any jurisdiction outside the Province of Alberta are *ultra vires* of the [respondent] ..."; and " ... any action by the [respondent] which purports to affect the operations of that part of the [appellants'] business which constitutes the transportation of merchandise which originates in Alberta from Alberta to any other jurisdiction is *ultra vires* of the [respondent]"; and for restraining orders and related relief and remedies.

accordée. La première réaction des appelantes a été de solliciter une audition devant la commission de l'Alberta pour discuter de leurs activités eu égard aux permis délivrés par les deux provinces. Conformément à *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, chap. 300, la commission de l'Alberta a finalement assigné les appelantes devant elle [TRADUCTION] «pour faire valoir les raisons pour lesquelles la Commission ne devrait pas suspendre, révoquer, changer ou modifier le certificat d'exploitation d'une entreprise extra-provinciale délivrée par elle ...». Durant les premiers mois de 1977, les parties ont communiqué oralement et par écrit; à l'issue de ces discussions, les appelantes ont affirmé leur droit de continuer à transporter des marchandises entre Calgary et Vancouver sans avoir à obtenir d'autres permis. En conséquence, la commission de l'Alberta a saisi certains camions des appelantes de même que leur chargement. Les appelantes ont donc dû recourir à d'autres entreprises de camionnage pour faire transporter le chargement jusqu'à son point de destination. Il ne fait aucun doute, quelle que puisse être la pertinence de cette affirmation, que les appelantes ont soutenu de façon constante que la commission de l'Alberta n'avait pas compétence pour les empêcher d'exploiter un service de transport entre Vancouver et Calgary. De fait, les appelantes ont invité la commission de l'Alberta à contester ce prétendu droit en partant des accusations contre elles, sous l'autorité, vraisemblablement, de la loi fédérale ou de la Loi de l'Alberta ou des deux à la fois. La commission de l'Alberta a répliqué par la saisie du chargement que transportait les appelantes. Celles-ci ont donc entamé les présentes procédures en vue d'obtenir un jugement qui déclarerait que les actes de la commission de l'Alberta [TRADUCTION] «qui visent à porter atteinte à l'activité des [appelantes] dans la province de la Colombie-Britannique ou dans tout ressort à l'extérieur de la province de l'Alberta excèdent les pouvoirs de l'[intimée] ...»; et [TRADUCTION] « ... toute action de l'[intimée] qui tend à porter atteinte à l'activité de la partie de l'entreprise des [appelantes] qui consiste à transporter des marchandises de l'Alberta, d'où elles proviennent, vers tout autre ressort, excède les pouvoirs de l'[intimée]»; et, d'autre part, des ordonnances de ne pas faire et les redressements y afférents.

The issue thus arising is clear: is the effect of the licence issued to the appellant by the Alberta Board to prevent the appellant from transporting the designated cargo between Vancouver and Calgary? The Alberta Board takes the position that the appellants may not transport goods between these two points directly, that is non-stop as it were, or by any combination of loading and unloading of the goods at the intermediate points, Golden and Revelstoke, mentioned in the Alberta licence. The appellants are of the view that the only applicable legislation is, or could be, that of the Parliament of Canada, and such legislation as now exists deals only with international trucking or the intraprovincial transportation of goods relating to an international trucking operation.

The second issue relating to damages I will come to later.

The determination of this issue requires an interpretation of the *Motor Vehicle Transport Act*, R.S.C. 1970, c. M-14, principally ss. 3 and 5 thereof which read as follows:

3. (1) Where in any province a licence is *by the law of the province* required for the operation of a local undertaking, no person shall operate an extra-provincial undertaking in that province unless he holds a licence issued under the authority of this Act.

(2) The provincial transport board in each province may in its discretion issue a licence to a person to operate an extra-provincial undertaking into or through the province *upon the like terms and conditions and in the like manner* as if the extra-provincial undertaking operated in the province were a local undertaking.

. . .

5. The Governor in Council may exempt any person or the whole or any part of an extra-provincial undertaking or any extra-provincial transport from all or any of the provisions of this Act.

(Italics added.)

The term "extra-provincial undertaking" and the term "law of the province" as those expressions are employed in s. 3 are defined in s. 2 of the Act as follows:

La question qui se pose est claire: le permis délivré à l'appelante par la commission de l'Alberta a-t-il pour effet de lui interdire de transporter le chargement désigné entre Vancouver et Calgary? La commission de l'Alberta adopte le point de vue que les appelantes ne peuvent transporter les marchandises entre ces deux points directement, c'est-à-dire sans faire d'arrêt, ou en chargeant et déchargeant des marchandises aux points intermédiaires, Golden et Revelstoke, mentionnés dans le permis de l'Alberta. Les appelantes allèguent que la seule législation applicable est, ou pourrait être, celle du Parlement du Canada et que cette législation, dans sa forme actuelle, ne traite que du camionnage international ou du transport intraprovincial de marchandises par rapport à l'exploitation d'une entreprise internationale de camionnage.

J'étudierai plus tard la seconde question, celle des dommages-intérêts.

Pour régler la première question, il faut interpréter la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*, S.R.C. 1970, chap. M-14, et plus particulièrement ses art. 3 et 5:

3. (1) Lorsque, dans une province, *la loi de la province* exige un permis pour la mise en service d'une entreprise locale, nulle personne ne doit y exploiter une entreprise extra-provinciale, sauf si elle détient un permis délivré sous l'autorité de la présente loi.

(2) La commission provinciale de transport, dans chaque province, peut, à sa discrétion, délivrer à une personne un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci, *aux mêmes conditions et de la même manière* que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale.

. . .

5. Le gouverneur en conseil peut exempter toute personne ou la totalité ou quelque partie d'une entreprise extra-provinciale, ou tout transport extra-provincial, de l'ensemble ou de l'une quelconque des dispositions de la présente loi.

(Les italiques sont de moi.)

Les expressions «entreprise extra-provinciale» et «loi de la province», dans le sens où elles sont employées à l'art. 3, sont définies à l'art. 2 de la Loi:

"extra-provincial undertaking" means a work or undertaking for the transport of passengers or goods by motor vehicle, connecting a province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

"law of the province" means a law of a province or municipality not repugnant to or inconsistent with this Act;

«entreprise extra-provinciale» signifie un ouvrage ou une entreprise pour le transport de voyageurs ou de marchandises par véhicule à moteur, reliant une province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

«loi de la province» signifie une loi d'une province ou municipalité, non inconciliable ni incompatible avec la présente loi;

The purport of s. 3(1) is the simple prohibition of the operation of an extraprovincial undertaking in Alberta without a licence issued under the authority of the federal Act. Clearly the statute requires that such a licence be obtained from the Alberta Board. But the appellants say that the licence is either unnecessary in law or that it may not dictate the terms upon which the licence may be exercised outside Alberta. The definition of "extra-provincial undertaking" answers the first branch of the argument. Such a work may either connect one province with one or more provinces, or may simply extend beyond the provincial boundaries as in the case of international transport or transport between the provinces and one of the territories. Thus a licence is clearly required by the express terms of s. 3(1).

Le paragraphe 3(1) vise simplement à interdire l'exploitation d'une entreprise extra-provinciale en Alberta sans un permis délivré sous l'autorité de la loi fédérale. La Loi prévoit clairement que ce permis doit être obtenu de la commission de l'Alberta. Les appelantes prétendent toutefois que le permis n'est pas nécessaire du point de vue juridique ou qu'il ne peut dicter les conditions de son exercice en dehors de l'Alberta. La définition d'«entreprise extra-provinciale» répond au premier volet de l'argument. Pareil ouvrage peut relier une province à une ou plusieurs autres provinces, ou simplement s'étendre au-delà des limites de la province, comme dans le cas du transport international ou du transport entre les provinces et l'un des territoires. On constate donc que le par. 3(1) impose clairement et expressément l'obtention d'un permis.

This carries us to the main contention of the appellants. It is said that the Alberta Board may not, as it has purported to do here, stipulate the points in British Columbia to and from which the appellants may transport cargo. This submission is based on the proposition that the federal statute was enacted in 1953-4 in direct response to the decision of the Privy Council in *Attorney General of Ontario et al. v. Winner et al.*[4], a case concerned only with the operation of an international carrier, and hence the statute should be construed as extending only to such activities and not purely interprovincial transportation as is the case here. It is true that the precise circumstances giving rise to the *Winner* litigation relate to the transportation of passengers between the state of Maine and the provinces of New Brunswick and Nova Scotia, and the related intraprovincial transportation of passengers within New Brunswick. I make but two

Ceci nous amène à l'allégation principale des appelantes, savoir que la commission de l'Alberta ne peut, comme elle prétend le faire en l'espèce, désigner les points de la Colombie-Britannique vers lesquels et à partir desquels les appelantes peuvent transporter leur chargement. Cette allégation est fondée sur la proposition que la loi fédérale a été adoptée en 1953-54 en réaction directe à l'arrêt du Conseil privé, *Procureur général de l'Ontario et autres c. Winner et autres*[4], qui concernait seulement l'entreprise d'un voiturier international et qu'en conséquence, la Loi devrait être interprétée de façon à s'appliquer uniquement à ce genre d'activité et non au transport purement interprovincial comme c'est le cas en l'espèce. Il est vrai que les circonstances précises à l'origine de l'affaire *Winner* avaient trait au transport de passagers entre l'État du Maine et les provinces du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, et

[4] [1954] A.C. 541.

[4] [1954] A.C. 541.

observations on this submission. There is no rule of statutory construction which requires a court to assume that Parliament has intended, regardless of the plain meaning of the words employed in its statute, to have directed its legislative rights only to the issues raised in current and notorious litigation. The Privy Council did indeed direct its attention to the fact that the undertaking of the litigant was a single entity extending as it did into Maine and Nova Scotia and was not severable so as to isolate an intraprovincial segment from the rest of the undertaking. Nowhere does the judgment reveal any principle which would allow a severance of the interprovincial transportation element from the entire undertaking. The undertaking included, in the result, all three elements, and in the result, the Privy Council determined that it must be considered for the purposes of constitutional law as a single, indivisible unit.

This brings us to subs. (2) of s. 3 which authorizes the provincial Board to issue, in its discretion, a licence to operate an extraprovincial undertaking "into or through" the province. Whereas subs. (1) requires an extraprovincial undertaking to obtain a provincial board licence for its operations "in" the province, subs. (2) requires a licence for its extraprovincial operations "into and through" the province. It would take a very imaginative exercise in interpretation to read into these phrases the limitation that they do not include interprovincial as well as international transportation. In fact, the most likely transportation in the mind of the legislator in enacting this statute would be transportation between the provinces.

It has been argued by the appellants that by issuing a licence to them on the terms imposed by the Alberta Board, an agency of the Alberta government has purported to give extraterritorial impact to Alberta legislation. The argument thus extends itself to the construction of s. 3(2) of the federal Act and concludes that the subsection does

au transport connexe de passagers à l'intérieur du Nouveau-Brunswick, soit du transport intraprovincial. Je ne ferai que deux observations à l'égard de cette allégation. Il n'existe aucune règle d'interprétation des lois qui oblige un tribunal à présumer que, nonobstant le sens ordinaire des mots employés dans la Loi, le Parlement a seulement voulu utiliser son pouvoir législatif pour régler les questions litigieuses soulevées par un différend courant et célèbre. Le Conseil privé s'est effectivement penché sur le fait que l'entreprise de la requérante constituait une seule entité qui s'étendait au Maine et à la Nouvelle-Écosse et qu'elle ne pouvait être scindée de manière à isoler la partie intraprovinciale du reste de l'entreprise. Nulle part l'arrêt ne fait état d'un principe qui permettrait une scission du secteur transport interprovincial d'avec l'entreprise en son entier. L'entreprise comprenait en fin de compte les trois éléments et le Conseil privé a finalement conclu qu'aux fins du droit constitutionnel, elle devait être considérée comme une seule unité indivisible.

Cela nous amène au par. 3(2) qui permet à la commission provinciale de délivrer, à sa discrétion, un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale «en pénétrant dans» la province ou «en passant à travers» celle-ci. Alors que le par. (1) exige qu'une entreprise extra-provinciale obtienne d'une commission provinciale un permis pour «y» exploiter son entreprise, le par. (2) exige l'obtention d'un permis pour exploiter une entreprise extra-provinciale, «en pénétrant dans» la province ou «en passant à travers» celle-ci. Il faudrait faire preuve de beaucoup d'imagination dans l'interprétation de ces termes pour conclure qu'ils ne comprennent pas le transport interprovincial de même que le transport international. De fait, le transport entre les provinces est probablement le type de transport que le législateur avait en vue lorsqu'il a adopté cette loi.

Les appelantes font valoir qu'en leur délivrant un permis selon les conditions imposées par la commission de l'Alberta, un organisme du gouvernement albertain a prétendu donner une portée extra-territoriale à la Loi de l'Alberta. L'argument qui vise donc l'interprétation du par. 3(2) de la loi fédérale, conclut que ce paragraphe n'ajoute rien

not add to the authority of the Alberta Board under its Alberta statute and hence can give no extraterritorial impact to the Alberta licence. There is support for this concept in the judgment of the Manitoba Court of Appeal in *Re Kleysen's Cartage Co. Ltd. and Motor Carrier Board of Manitoba*[5]. The Court was there confronted with a challenge by a trucking concern to the jurisdiction of the Motor Carrier Board of Manitoba which had required a trucker to obtain a Manitoba licence in order to haul cargo from Manitoba to points in the Province of Saskatchewan. The trucker insisted that only a Saskatchewan licence was required for the transportation of the goods in question into Saskatchewan and that the Manitoba authority could only issue a licence for the operation of the transportation service to the Manitoba boundary. In short, it was urged that such a board may issue a licence to transport goods through or into the province but not to transport goods out of the province. The majority of the Court of Appeal, speaking through Guy J.A. at p. 720, construed s. 3(2) of the federal statute as authorizing a provincial board to issue licences only in respect of "an 'extraprovincial undertaking' moving 'into or through' a province", and at p. 721 the judgment concluded:

> Viewed in this light, it is apparent that while a trucking undertaking is required to obtain a Public Service Vehicle Licence in its own Province, the moment the undertaking becomes extraprovincial it requires a certificate from a carrier board of the Province *into or through* which the undertaking goes, and *that* certificate must be secured from *that* carrier board under the authority of the Federal power delegated to it.

Monnin J.A. reached the opposite result (as did Dickson J., then sitting in the trial Court, *vide* 47 D.L.R. (2d) 244) and concluded that the Manitoba Board, acting pursuant to the federal Act, must authorize the operation of the extra-provincial undertaking both in respect of that part of the

[5] (1965), 48 D.L.R. (2d) 716.

au pouvoir de la commission de l'Alberta aux termes de la Loi de l'Alberta et que, par conséquent, il ne peut donner au permis qu'elle délivre une portée extra-territoriale. Cette prétention trouve un appui dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *Re Kleysen's Cartage Co. Ltd. and Motor Carrier Board of Manitoba*[5]. Dans cette affaire, une entreprise de camionnage contestait la compétence de la commission de transport du Manitoba qui avait exigé qu'un camionneur obtienne un permis manitobain pour transporter un chargement du Manitoba vers des points situés en Saskatchewan. Le camionneur a affirmé que seul un permis délivré par la Saskatchewan était nécessaire pour transporter les marchandises en cause en Saskatchewan et que les autorités du Manitoba ne pouvaient délivrer un permis que pour l'exploitation du service de transport jusqu'à la frontière du Manitoba. Bref, on a allégué qu'une commission semblable peut délivrer un permis pour transporter des marchandises à travers la province ou en y pénétrant mais non pour les transporter à l'extérieur de la province. La majorité de la Cour d'appel, par la voix du juge Guy, à la p. 720, a interprété le par. 3(2) de la loi fédérale de façon à autoriser une commission provinciale à délivrer des permis en rapport seulement avec [TRADUCTION] «une «entreprise extra-provinciale» qui fait affaire «en pénétrant dans» la province ou «en passant à travers» celle-ci». La conclusion du jugement est la suivante, à la p. 721:

> [TRADUCTION] Dans cette optique, il est manifeste qu'une entreprise de camionnage doit obtenir un permis de véhicule d'entreprise publique dans sa propre province mais que, dès que l'entreprise devient extra-provinciale, elle doit obtenir un certificat d'une commission de transport de la province *où elle pénètre ou à travers de* laquelle elle passe, et *ce* certificat-*là* doit être délivré par *cette* commission-*là* sous l'autorité du pouvoir fédéral qui lui a été délégué.

Le juge Monnin (à l'instar du juge Dickson qui siégeait alors en première instance, voir 47 D.L.R. (2d) 244) est parvenu au résultat opposé. Il a conclu que la commission du Manitoba, qui agit sous l'autorité de la loi fédérale, doit autoriser l'exploitation de l'entreprise extra-provinciale tant

[5] (1965), 48 D.L.R. (2d) 716.

undertaking operating on the roads of Manitoba as well as the operation emanating from the province.

The opposite result to the *Kleysen* case, *supra*, was reached in the High Court of Ontario in *Regina v. Canadian American Transfer Ltd.*[6], where Wells C.J.H.C., at p. 267, stated:

> With great respect I am unable to share the view of the majority in the Manitoba Court of Appeal. They seem to limit the word "through" to a vehicle that entered the Province and went right through it. That, of course, is quite an adequate description and is no doubt partially encompassed by the statute but that does not exhaust its terms. In my view the decision of the majority is too limited in its nature when one looks at the *Motor Vehicle Transport Act*.

The Chief Justice continued:

> With respect, it would seem to me that the word "through" also covers a transport into a foreign country from some point in Ontario. It is necessary for the exporter to drive through the Province of Ontario to the international border and I can see no reason why it should not apply to that as well as to the entry to a Province on one side and an exit from the Province on the other side.

The issue in its narrowest terms is therefore whether the expression "into or through the province" includes, by necessary implication or otherwise, transportation of goods "out of the province". The question is one of statutory interpretation unencumbered by any constitutional considerations. The Privy Council determined the issue of capacity to so legislate in the *Winner* case, *supra*, and this Court the validity of the legislation in question in *Coughlin*, *supra*.

The only issue is whether the federal statute has invoked in s. 3(2) the full reach of the federal authority. I read s. 3 as an entity and not as two isolated or unrelated subprovisions. Inside the province the extra-provincial undertaking must, as we have seen, hold a licence from the local board sitting as a federally authorized agency under subs. (1). Subsection (2) must be dealing with

[6] [1970] 1 O.R. 262.

à l'égard de la partie de l'entreprise qui utilise les routes du Manitoba qu'à l'égard de l'activité en provenance de la province.

La Haute Cour de l'Ontario a conclu à l'opposé de l'arrêt *Kleysen*, précité, dans *R. v. Canadian American Transfer Ltd.*[6], où le juge en chef Wells tient les propos suivants à la p. 267:

> [TRADUCTION] Avec égards, je ne peux partager le point de vue de la majorité de la Cour d'appel du Manitoba. La majorité semble restreindre l'expression «en passant à travers» à un véhicule qui est entré dans la province et l'a traversée sans arrêt. C'est, il va sans dire, une assez bonne description et c'est, sans aucun doute, partiellement inclus dans la Loi, mais ce n'est pas une description exhaustive. A mon avis, la décision de la majorité est trop restreinte par sa nature dans le contexte de la *Loi sur le transport par véhicule à moteur*.

Le Juge en chef poursuit en ces termes:

> [TRADUCTION] Avec égards, j'estime que l'expression «en passant à travers» englobe également le transport vers un pays étranger à partir d'un endroit quelconque de l'Ontario. L'exportateur doit traverser la province de l'Ontario jusqu'à la frontière internationale et je ne vois pas pourquoi cette expression ne devrait pas s'appliquer à cette situation de même qu'à celle où l'on entre dans une province d'un côté pour en sortir de l'autre.

La question réduite à sa plus simple expression revient donc à déterminer si les termes «en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci» comprennent, par déduction nécessaire ou autrement, le transport de marchandises [TRADUCTION] «hors de la province». Il s'agit d'une question d'interprétation des lois, dégagée de toute considération constitutionnelle. Le Conseil privé a réglé la question de la compétence à légiférer à ce sujet dans l'arrêt *Winner*, précité, et cette Cour a statué sur la validité de la loi en cause dans l'arrêt *Coughlin*, précité.

La seule question est de savoir si la loi fédérale invoque, dans le par. 3(2), la portée intégrale du pouvoir fédérale. Je considère l'art. 3 comme un tout et non comme deux dispositions isolées ou sans rapport entre elles. Dans les limites de la province, l'entreprise extra-provinciale doit, comme nous l'avons vu, détenir un permis délivré par la commission de transport local siégeant à

[6] [1970] 1 O.R. 262.

something additional. If the word "through" is confined to that part of the extra-provincial undertaking "in" the province, then subs. (2) adds nothing to subs. (1). If "into" on the other hand recognizes the existence of that part of the extra-provincial undertaking operating outside the province, for the purpose of ascertaining and licensing the transportation service from its point of origin, then something additional to subs. (1) is introduced into s. 3. If the subsection is read on such a restricted basis as to exclude any authorization in respect of transportation services "out of" the province, an unrealistic result is produced. The provincial board in the discharge of its federal functions may then apply its regulatory authority to all aspects of the transportation of goods by motor vehicles except the extraprovincial transportation of goods which originates in the province. It is difficult to understand how the public interest could be ascertained and served in the discharge of its regulatory function if such a board could not extend its activities and its regulatory impact to what would appear to be a very significant, if not the most important, part of the regulation of motor vehicle transport in relation to its provincial community.

Subsection (2), in my view, clearly encompasses the licensing of an extraprovincial undertaking operating in, across, into and out of the province whether such transportation service relates to the interprovincial or international carriage of goods. I reach this conclusion in reliance upon the words employed by Parliament in subs. (2), that is, "into or through the province" as well as the definition of an "extra-provincial undertaking" in s. 2 of the Act where that expression is defined as including an undertaking "for the transport ... of goods ... connecting a province with any other ... or extending beyond the limits of a province".

It has been said here and in the Manitoba and Ontario cases already mentioned, that to so inter-

titre d'organisme délégué du fédéral conformément au par. (1). Le paragraphe (2) doit donc viser quelque chose de plus. Si l'expression «en passant à travers» la province se limite à cette partie de l'entreprise extra-provinciale qui «y» est exploitée, alors le par. (2) n'ajoute rien au par. (1). Si, par contre, l'expression «en pénétrant dans» la province reconnaît l'existence de cette partie de l'entreprise extra-provinciale exploitée à l'extérieur de la province, en vue de déterminer le service de transport et de lui délivrer un permis à partir de son point d'origine, alors l'art. 3 va plus loin que son seul par. (1). Si l'on attribue au paragraphe un sens si restreint qu'il exclut toute autorisation à l'égard de services de transport «hors de» la province, on en arrive à un résultat peu réaliste. La commission provinciale dans l'exécution de ses fonctions fédérales peut alors appliquer son pouvoir de réglementation à tous les aspects du transport de marchandises par véhicule à moteur, à l'exception du transport extra-provincial de marchandises dont le point de départ se situe dans la province. On voit mal comment l'intérêt public pourrait être servi si, dans l'exercice de ses fonctions de réglementation, pareille commission ne peut étendre son activité et sa réglementation à ce qui est apparemment une partie très importante sinon la partie la plus importante de la réglementation du transport par véhicule à moteur dans une province.

A mon avis, le par. (2) englobe clairement la délivrance d'un permis à une entreprise extra-provinciale qui fait affaire dans la province, hors de celle-ci, en passant à travers celle-ci ou en y pénétrant, que ce service de transport se rapporte au transport interprovincial ou international de marchandises. Je me fonde pour conclure en ce sens sur les termes employés par le Parlement au par. (2), savoir «en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci» de même que sur la définition d'une «entreprise extra-provinciale» à l'art. 2 de la Loi qui comprend une entreprise «pour le transport ... de marchandises ... reliant une province à une autre ... ou s'étendant au-delà des limites d'une province».

On a déjà dit en l'espèce et dans les arrêts précités du Manitoba et de l'Ontario, que pareille

pret s. 3 is to invite an impasse in the regulation of interprovincial trucking. An intermediate province might, for example, block the flow of goods from central Canada to the east or west coasts. Adjoining provinces might completely eliminate the flow of commerce by motor transport. Apart from the impracticality of such internecine conduct, we have s. 5 (set out above) of the federal Act to consider. The remedy available to the federal authority is simple. The need for a licence from the obdurate board would be swiftly suspended, and traffic through the area supervised by the offending authority would resume. The pattern of the statute thus contemplates multiple licensing by adjoining provinces. The system of truck transportation has thereby been brought within a national framework where the interests of the affected regions are determined by the local authority clothed with federal power by a procedure previously found valid in law. The extraprovincial undertaking is properly recognized in the statute as a single, seamless transportation unit to be regulated under the national authority disseminated to the provincial agencies. I conclude, therefore, that the extraprovincial licence issued by the Alberta Board is valid.

interprétation de l'art. 3 risque de placer la réglementation du camionnage interprovincial dans une impasse. Une province intermédiaire pourrait, par exemple, entraver le mouvement des marchandises en provenance d'une région du centre du Canada à destination des provinces de l'Est ou de l'Ouest. Des provinces voisines pourraient complètement éliminer le commerce effectué par véhicule à moteur. Abstraction faite de l'irréalisme de pareille conduite réciproquement destructive, il nous faut considérer l'art. 5 (précité) de la loi fédérale. La solution qui s'offre au fédéral est simple. L'obligation d'obtenir un permis d'une commission inflexible serait rapidement suspendue et la circulation passant à travers la zone administrée par les autorités contrevenantes reprendrait. La Loi envisage donc un système où plusieurs permis sont délivrés par des provinces voisines. Le réseau de transport par camion se trouve par conséquent intégré dans un cadre national où les intérêts des régions en cause sont déterminés par les autorités locales investies d'un pouvoir fédéral par une procédure antérieurement jugée valide en droit. L'entreprise extra-provinciale est à bon droit considérée dans la Loi comme un seul service de transport, d'un tenant, qui doit être réglementé en vertu du pouvoir national confié à des organismes provinciaux. Je conclus par conséquent que le permis extra-provincial délivré par la commission de l'Alberta est valide.

There remains the claim by the appellants for damages for the allegedly wrongful seizure of their motor vehicles and their cargo, whatever be the result with respect to the first issue. Before this Court the appellants asserted that the terms of the federal statute limit the exposure of the appellants, should their conduct be found to constitute a violation of the federal statute, to the punishment as prescribed by s. 6 of the statute which provides:

6. (1) Every person who violates any provision of this Act or who fails to comply with any order or direction made by a provincial transport board under the authority of this Act is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for a term of one year, or to both.

Il reste à étudier la réclamation en dommages-intérêts des appelantes pour la saisie présumément illégale de leurs véhicules à moteur et du chargement, quelle que soit l'issue de la première question. Les appelantes font valoir devant cette Cour qu'elles ne sont passibles que de la sanction prévue à l'art. 6 de la loi fédérale, advenant que leur conduite soit jugée y contrevenir:

6. (1) Quiconque viole une disposition de la présente loi ou omet de se conformer à un ordre ou à une instruction donnés par une commission provinciale de transport sous l'autorité de la présente loi, est coupable d'une infraction et encourt, sur déclaration sommaire de culpabilité, une amende de mille dollars ou un emprisonnement d'un an, ou à la fois l'amende et l'emprisonnement.

(2) A fine imposed under subsection (1) shall be paid over by the magistrate or officer receiving it to the treasurer of the province in which it was imposed.

Since s. 3(1) prohibits the operation of an extra-provincial undertaking "in" Alberta without the appropriate licence from the Alberta Board, the appellants have committed an offence against the subsection by transporting the cargo in question without an Alberta licence authorizing the conduct of that specific freight business. The appellants then submit that s. 6 and only s. 6 then applies. If that be so, then the argument continues to the effect that s. 3 of the federal statute may not be read as incorporating applicable provincial law including the power to seize for a violation of the terms of the licence issued by the provincial Board.

I do not believe the terms of the federal statute lend themselves to this line of reasoning. In s. 3(1) the reference to the local law (that is, "the law of the province") relates only to the requirement for a licence for the operation of the extraprovincial undertaking within the province. The Alberta law clearly requires a licence for a local undertaking (s. 3(1) of *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, c. 300); thus a licence is required by s. 3(1) in the case of the extraprovincial undertaking. The definition of "law of the province" is contained in s. 2 set out above. Section 3(2) authorizes the provincial Board to issue a licence "in its discretion" to an extraprovincial undertaking "upon the like terms and conditions and in the like manner as if the extraprovincial undertaking operated in the province were a local undertaking". That phrase has no meaning unless it refers to those "terms and conditions" authorized under the law of the province in which such operations take place, had the operation been a local undertaking and not an extraprovincial undertaking. The Board is, by the Alberta statute, not only authorized by ss. 22 and 16 to issue such public service vehicle licences, but is by s. 8(2) given the capacity to "accept and exercise the powers conferred upon it by the *Motor Vehicle Transport Act* (Canada)". There is therefore a complete dovetailing of the Alberta motor vehicle transport regulatory pattern and the national regulatory pattern as

(2) Une amende infligée en vertu du paragraphe (1) doit être versée, par le magistrat ou fonctionnaire qui la reçoit, au trésorier de la province où elle a été infligée.

Puisque le par. 3(1) interdit l'exploitation d'une entreprise extra-provinciale dans la province de l'Alberta sans permis approprié de la commission de l'Alberta, les appelantes ont commis une infraction au paragraphe en question en transportant le chargement en cause sans avoir obtenu un permis de l'Alberta en autorisant spécifiquement le transport. Les appelantes font ensuite valoir que l'art. 6, et lui seul, s'applique. Si c'est le cas, elles ajoutent alors qu'on ne peut interpréter l'art. 3 de la loi fédérale comme y insérant la loi provinciale applicable, y compris le pouvoir de saisie pour violation des modalités d'un permis délivré par la commission provinciale.

Je ne crois pas que le texte de la loi fédérale se prête à un tel raisonnement. Lorsque le par. 3(1) renvoie à la loi locale (c'est-à-dire à «la loi de la province»), il vise seulement l'obligation d'obtenir un permis pour exploiter une entreprise extra-provinciale dans les limites de la province. La Loi de l'Alberta impose clairement l'obtention d'un permis pour exploiter une entreprise locale (par. 3(1) de *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1970, chap. 300); un permis est donc nécessaire en vertu du par. 3(1) pour exploiter une entreprise extra-provinciale. L'article 2 précité donne une définition de l'expression «loi de la province». Le paragraphe 3(2) autorise la commission provinciale à délivrer un permis «à sa discrétion» à une entreprise extra-provinciale «aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale». Ce dernier membre de phrase n'a de sens que s'il renvoie aux «conditions» fixées par la loi de la province où sont exploitées ces entreprises, comme s'il s'était agi d'une entreprise locale et non d'une entreprise extra-provinciale. De par la Loi de l'Alberta, la Commission a non seulement le pouvoir en vertu des art. 16 et 22 de délivrer des permis de véhicule d'entreprise publique, mais également le pouvoir en vertu du par. 8(2) [TRADUCTION] «d'accepter et d'exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* fédérale.» Il existe donc une complémenta-

established under the *Motor Vehicle Transport Act* of Canada.

The Board likewise is empowered to suspend the licences under s. 26 of the Alberta statute; and "a peace officer"* may by s. 58 seize equipment "being operated in contravention of this Act or the regulations or orders made under this Act". It follows therefore that unless s. 6 has displaced the provincial legislation with respect to the enforcement of licences issued under the federal authority, the Board had indeed the power to effect the seizure here made of equipment and of the cargo which was being transported by the appellants. The appellants argue that the power of seizure is drastic and should not be read into the federal statute unless it be clearly authorized by its terms. To the same end, the proposition is advanced that *prima facie* the statute has adopted its own remedies and consequently the provincial powers in respect of violations of the federal Act have no application.

A much more realistic view is open for adoption on the plain reading of the federal statute read as a whole. The limitation which may be imposed on the applicable provincial law as defined in s. 2 applies directly only with reference to the determination under s. 3(1) (where the term "by the law of the province" appears) as to whether a provincial licence is required for the transport of goods by a work or undertaking which is not an extraprovincial undertaking. While s. 3(2) on the other hand includes no reference to the "law of the province", I approach this issue on the broader basis that s. 3(2) imports so much of the local law as would apply to a licence for a "local undertak-

* Section 2(15) of *The Public Service Vehicles Act* adopts s. 2(22) of *The Highway Traffic Act*, R.S.A. 1970, c. 169, which provides as follows:

> 22. "peace officer" means a member of the Royal Canadian Mounted Police, a member of a municipal police force, an inspector of the Inspection Branch of the Department of the Attorney General or a special constable;

rité totale entre le régime de réglementation en matière de transport par véhicule à moteur en Alberta et le régime de réglementation nationale tel qu'il est établi par la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* fédérale.

La Commission a également le pouvoir de suspendre les permis en vertu de l'art. 26 de la Loi de l'Alberta; et un [TRADUCTION] «agent de la paix»* peut en vertu de l'art. 58 saisir l'équipement [TRADUCTION] «exploité contrairement à cette loi ou aux règlements établis ou aux ordres rendus sous son régime». Par conséquent, à moins que l'art. 6 ne rende inapplicable la loi provinciale relativement aux sanctions pour non-respect des permis délivrés en vertu de la loi fédérale, la Commission a effectivement le pouvoir de faire saisir l'équipement et le chargement que transportaient les appelantes. Ces dernières font valoir que le pouvoir de saisie est un instrument radical et qu'il ne faut pas l'introduire dans la loi fédérale à moins qu'elle ne l'autorise clairement. A cette fin, les appelantes allèguent que, de prime abord, la Loi a prévu ses propres sanctions et que, par conséquent, on ne peut appliquer les pouvoirs provinciaux à l'égard des violations de la loi fédérale.

Il est loisible d'adopter un point de vue beaucoup plus réaliste à la simple lecture de la loi fédérale prise dans son ensemble. La restriction qui peut être imposée à la loi provinciale applicable, selon la définition de l'art. 2, ne s'applique directement que lorsqu'il s'agit de déterminer si, en vertu du par. 3(1) (où on trouve l'expression «la loi de la province»), il est nécessaire d'obtenir un permis provincial pour le transport de marchandises effectué par une entreprise qui n'est pas extraprovinciale. Même si, par ailleurs, le par. 3(2) ne mentionne aucunement «la loi de la province», j'aborde cette question sur le fondement plus général que le par. 3(2) attire toutes les dispositions de

* Le paragraphe 2(15) de *The Public Service Vehicles Act* fait sien le par. 2(22) de *The Highway Traffic Act* R.S.A. 1970, chap. 169, qui prévoit ce qui suit:

> [TRADUCTION]
> 22. «agent de la paix» signifie un membre de la Gendarmerie royale du Canada, un membre d'un corps de police municipale, un inspecteur de la Division du service de l'inspection du ministère du Procureur général ou un auxiliaire spécial de police.

ing" upon the like terms and conditions and in the like manner, and that such incorporated provincial law must, on general interpretative principles, be not inconsistent with the terms of the federal statute.

There are two separate and distinct questions which arise out of the terms of the federal statute here under consideration. Firstly, how much of the provincial law is, by s. 3 of the federal statute, incorporated into the regulation of interprovincial trucking, and in answer to that question, what if any parts of the provincial law are excluded by reason of inconsistency or repugnancy with the federal statute, particularly s. 6(1)?

This Court had occasion to consider this aspect of the matter in *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*[7], where Cartwright J., as he then was, stated at p. 575:

> Parliament has seen fit to enact that in the exercise of those powers the Board shall proceed in the same manner as that prescribed from time to time by the Legislature for its dealings with intra-provincial carriage. Parliament can at any time terminate the powers of the Board in regard to inter-provincial carriage or alter the manner in which those powers are to be exercised. Should occasion for immediate action arise the Governor General in Council may act under s. 5 of the *Motor Vehicle Transport Act*.

Further on the same page, the learned justice referred to the enactment of the federal Act as being:

> ... the adoption by Parliament, in the exercise of its exclusive power, of the legislation of another body as it may from time to time exist, a course which has been held constitutionally valid by this Court ...

In *The Queen v. Smith*[8], the examination of the impact of the federal statute and the incorporated provincial legislation was advanced a step further. The judgment of the Court was written by Martland J. who stated at pp. 366-7, after referring to the case of *Coughlin*, *supra*, and the authorities therein mentioned:

[7] [1968] S.C.R. 569.
[8] [1972] S.C.R. 359.

la loi locale qui s'appliqueraient au permis d'une «entreprise locale», aux mêmes conditions et de la même manière, et que la loi provinciale ainsi insérée ne doit pas, selon les principes généraux d'interprétation, être incompatible avec la loi fédérale.

Le texte de la loi fédérale en cause soulève deux questions séparées et distinctes. Premièrement, jusqu'à quel point la loi provinciale est-elle, par l'art. 3 de la loi fédérale, insérée dans la réglementation du camionnage interprovincial et, comme corollaire, quelles parties, le cas échéant, de la loi provinciale sont exclues comme inconciliables ou incompatibles avec la loi fédérale, particulièrement le par. 6(1)?

Cette Cour a eu l'occasion d'étudier cet aspect de la question dans l'arrêt *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*[7], où le juge Cartwright, alors juge puîné, a tenu les propos suivants à la p. 575:

> [TRADUCTION] Le Parlement a jugé opportun de décider que, dans l'exercice de ces pouvoirs, la Commission procéderait de la même manière que celle qui peut être prescrite à l'occasion par la législature pour le transport intraprovincial. Le Parlement peut, à tout moment, mettre fin aux pouvoirs de la Commission en ce qui concerne le transport interprovincial, ou modifier la manière dont elle devra exercer ces pouvoirs. Si les circonstances commandent une action immédiate, le gouverneur général en conseil peut agir en vertu de l'article 5 de la Loi sur le transport par véhicule à moteur.

Plus loin à la même page, le savant juge parle en ces termes de la promulgation de la loi fédérale:

> [TRADUCTION] ... il [le Parlement] s'est contenté d'adopter, en exerçant son pouvoir exclusif, la législation d'un autre corps telle qu'elle peut exister à l'occasion, ce que cette Cour ... [a] jugé constitutionnellement valide.

Dans *La Reine c. Smith*[8], l'analyse des effets de la loi fédérale et de la législation provinciale y insérée a encore progressé. Le jugement de la Cour a été rédigé par le juge Martland qui, après avoir fait référence à l'arrêt *Coughlin*, précité, et à la jurisprudence qui y était mentionnée, s'exprime en ces termes aux pp. 366 et 367:

[7] [1968] R.C.S. 569.
[8] [1972] R.C.S. 359.

In summary, these passages construe the Federal Act as meaning that Parliament has given the power to regulate extraprovincial undertakings to provincially constituted boards, and, in defining that power, had adopted, as its own legislation, in each province to which the Act applies, the legislation of that province as it may exist from time to time. In my opinion this is the proper construction of s. 3(2) of the Federal Act. Its purpose was to define the powers of the Board, when acting under the Federal Act, as being co-extensive with its powers under the provincial legislation. The provision was not intended to limit those powers by requiring that the practice of the Board, in the exercise of its powers, be identical under both statutes.

When, therefore, the Board considered the issuance, under the Federal Act, of a licence to the respondent, as an extra-provincial undertaking, operating in Alberta, its powers, as a federal Board, were those contained in the relevant Alberta statute, *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1955, c. 265 as amended, [now R.S.A. 1970, c. 300], and the regulations enacted pursuant thereto.

. . .

My conclusion is that the Federal Act, as a matter of federal legislation, empowered the Board, when issuing a licence to an extra-provincial undertaking, to impose any terms and conditions which it had power to impose in respect of a licence for a local undertaking under *The Public Service Vehicles Act*, irrespective of whether or not it was in the practice of imposing such terms and conditions in respect of local undertakings.

It may be thought that Spence J., in speaking for this Court in *Registrar of Motor Vehicles v. Canadian American Transfer Ltd.*[9], may have cast some doubt upon these principles as set out in *Coughlin* and *Smith, supra*. However, it must be realized that in the *Canadian American* proceedings, *supra*, the Court was concerned with the attempt by a provincial authority, the Registrar of Motor Vehicles (and not the Provincial Commercial Vehicles Licensing Board) to enforce the provincial motor vehicle licensing legislation against the operator of an interprovincial trucking undertaking without reference to either the *Motor Vehicle Transport Act* of Canada or the provincial

[9] [1972] S.C.R. 811.

Bref, dans ces passages, la loi fédérale est ainsi interprétée: le Parlement a accordé le pouvoir de réglementer les entreprises extra-provinciales à des commissions constituées par les provinces. En définissant ce pouvoir, il a adopté, comme s'il s'agissait de sa propre loi, dans chaque province à laquelle la loi fédérale s'applique, la législation de cette province, telle que celle-ci peut exister de temps à autre. A mon avis, c'est là l'interprétation qu'il faut donner à l'art. 3(2) de la loi fédérale. L'objet de cet article est d'établir que les pouvoirs de la commission, lorsqu'elle agit en vertu de la loi fédérale, sont de même étendue que ceux qu'elle exerce en vertu de la législation provinciale. On n'a pas voulu, par cette disposition, limiter ces pouvoirs de la commission en exigeant que lorsqu'elle exerce ses pouvoirs, sa façon de procéder en vertu des deux lois soit identique.

Par conséquent, lorsque la commission a étudié l'opportunité de délivrer à l'intimé, en vertu de la loi fédérale, un permis pour l'entreprise extra-provinciale qu'il exploite en Alberta, ses pouvoirs, en sa qualité de commission fédérale, étaient ceux qui étaient énoncés dans la loi pertinente de l'Alberta, *The Public Service Vehicles Act*, R.S.A. 1955, chap. 265, modifiée [maintenant R.S.A. 1970, chap. 300], et dans ses règlements d'application.

. . .

Je conclus que la loi fédérale, à titre de législation fédérale, confère à la Commission, lorsqu'elle délivre un permis à une entreprise extra-provinciale, le pouvoir d'imposer toutes conditions qu'elle a le pouvoir d'imposer à une entreprise locale dans un permis délivré en vertu de *The Public Service Vehicles Act*, peu importe qu'elle ait ou non l'habitude d'imposer pareilles conditions aux entreprises locales.

On peut être tenté de croire que le juge Spence, qui a rendu jugement au nom de cette Cour dans l'affaire *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*[9], a pu mettre en doute les principes ainsi formulés par les arrêts *Coughlin* et *Smith*, précités. Il faut toutefois se rendre compte que dans l'affaire *Canadian American*, précitée, la Cour devait se prononcer sur la tentative d'un fonctionnaire provincial, savoir le Registraire des véhicules à moteur (et non la Commission provinciale des permis pour véhicules commerciaux), de faire respecter la législation provinciale sur les permis de véhicules à moteur contre l'exploitant d'une entreprise interprovinciale de camionnage,

[9] [1972] R.C.S. 811.

transport licensing legislation therein incorporated by reference. In essence, the judgment of Spence J. construes the provincial legislation with reference to vehicle licensing as being *intra vires* and thus as making reference only to vehicles not engaged in interprovincial trucking. The Court was not there concerned with operating licences under *The Public Commercial Vehicles Act* of Ontario (at p. 814). As a result, the Registrar had no authority (regardless of what action might have been taken against the trucking concern under s. 3(1) of the federal Act) to act against the interprovincial undertaking under the provincial vehicle licensing legislation by cancelling its vehicle permits. With reference to s. 3, Spence J., at p. 818, had this to say:

> The respondent here was prosecuted and convicted on several occasions for breach of subs. (1) of s. 3 of the statute. Subsection (2), on the other hand, constitutes the provincial transport board in each province as a board which may issue licences to a person to operate an extra-provincial undertaking into or through the province. That subsection does not delegate to the province any power of legislation and, indeed, such attempted delegation in a federal statute would itself be *ultra vires*: . . .
>
> *Coughlin, supra*, amongst other cases, was cited in support.

Earlier cases in other Courts dealt with questions which came closer to the facts now before this Court. The Ontario Court of Appeal in an unreported judgment dated March 4, 1957, concerning Reimer Express Lines Ltd., referred to by Wilson C.J.S.C. in *Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd. v. Lieutenant-Governor in Council of British Columbia*[10], at pp. 86-87, stated through Laidlaw J.A.:

> It could not have been the intention of Parliament in passing the *Motor Vehicle Transport Act* in 1954, that there should be a distinction made in respect of an application made relating to a local carrier and an application in respect of a carrier seeking a licence to

[10] (1963), 42 D.L.R. (2d) 82.

sans égard à la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* fédérale ni à la législation provinciale en matière de permis de transport insérée par renvoi dans cette dernière. Essentiellement, dans son jugement, le juge Spence interprète la législation provinciale sur les permis de véhicules comme *intra vires* et, donc, comme se rapportant uniquement à des véhicules qui ne font pas de camionnage interprovincial. Cette Cour n'avait pas alors à étudier les permis d'exploitation délivrés en vertu de *The Public Commercial Vehicles Act* de l'Ontario (à la p. 814). En conséquence, le registraire n'avait pas le pouvoir (nonobstant les mesures qui auraient pu être prises contre l'entreprise de camionnage en vertu du par. 3(1) de la loi fédérale) d'annuler les permis de l'entreprise interprovinciale sous l'autorité de la législation provinciale sur les permis de véhicules. Voici ce que dit le juge Spence au sujet de l'art. 3, à la p. 818:

> En l'espèce, l'intimée a été poursuivie et déclarée coupable à plusieurs reprises pour avoir enfreint le par. (1) de l'art. 3 de la Loi. D'autre part, le par. (2) autorise la commission provinciale de transport, dans chaque province, à délivrer à une personne un permis d'exploiter une entreprise extra-provinciale en pénétrant dans la province ou en passant à travers celle-ci. Ce paragraphe ne délègue pas à la province un pouvoir de légiférer et de fait, pareille délégation dans une loi fédérale serait en soi inconstitutionnelle: . . .
>
> L'arrêt *Coughlin*, précité, a notamment été cité à l'appui de cette déclaration.

D'autres tribunaux ont dans des affaires antérieures connu de questions qui se rapprochent davantage de la situation dont cette Cour est saisie en l'espèce. La Cour d'appel de l'Ontario dans un arrêt non publié en date du 4 mars 1957, concernant Reimer Express Lines Ltd., auquel a renvoyé le juge Wilson, juge en chef de la Cour suprême, dans *Vancouver-Seattle Bus Lines Ltd. v. Lieutenant-Governor in Council of British Columbia*[10], aux pp. 86 et 87, s'exprime par la voix du juge Laidlaw en ces termes:

> [TRADUCTION] En adoptant la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* en 1954, le Parlement n'a pas pu vouloir établir une distinction entre une demande relative à un voiturier local et celle relative à un voiturier qui désire obtenir un permis d'exploiter une entreprise

[10] (1963), 42 D.L.R. (2d) 82.

carry on an extra-provincial undertaking. Section 3 of that statute contemplates that the matter of the issue of licences to a carrier who seeks to carry on an extra-provincial undertaking should be the subject of jurisdiction of a provincial Board, in this case the Ontario Highway Transport Board. The power vested in that Board to exercise its discretion and to make its decision as to whether or not a licence should be given is exercisable subject to all the provisions in the *Ontario Highway Transport Board Act* and without any distinction as between a local carrier and a carrier who seeks an extra-provincial licence.

The citation given for the Ontario case in *B-Line Express Ltd. v. Motor Carriers Commission*[11] is erroneous. The comments in the *B-Line* judgment by Verchere J. are apt in our circumstances:

> Finally, as Mr. Mullins pointed out, it seems clear that the words "upon the like terms and conditions and in the like manner as if the extra-provincial undertaking operated in the province were a local undertaking" [the *Motor Vehicle Transport Act*, s. 3(2)] must import the provisions of s. 11 of *The Motor Carrier Act*, where power to amend, suspend, and cancel a licence is expressly given to the Commission. (at p. 601)

When in s. 3 the local board is authorized to issue a licence for an extraprovincial undertaking upon like terms and conditions as if it were a local undertaking, the statute must be taken to state in the plainest terms that such a licence may be brought into being and issued as a part of the regulatory scheme established by the board sitting under its authorization pursuant to the federal statute. Such a licence, apart from the federal statute, is issued as a "certificate" by the board under the sections of the provincial Act already noted. The certificate is issued by a "grant" by the board. Section 58 of the local law authorizes a seizure where a motor vehicle is "being operated in contravention of the Act ... or the orders of the board". Neither the term "grant" nor the term "order" is defined in the statute. The seizure here may therefore be based either upon the operation of a public service vehicle without the requisite certificate being issued by the Board, contrary to s. 3(1) of the provincial statute (which by unhappy

[11] [1975] 3 W.W.R. 598.

extra-provinciale. L'article 3 de cette loi prévoit que la délivrance des permis à un voiturier qui cherche à exploiter une entreprise extra-provinciale relève de la compétence d'une commission provinciale, en l'espèce The Ontario Highway Transport Board. Le pouvoir discrétionnaire conféré à cette commission de décider si un permis doit être délivré peut être exercé sous réserve de toutes les dispositions de *The Ontario Highway Transport Board Act* et sans qu'il soit fait de distinction entre un voiturier local et un voiturier qui cherche à obtenir un permis extra-provincial.

La référence du jugement ontarien donnée dans *B-Line Express Ltd. v. Motor Carriers Commission*[11] est erronée. Les commentaires du juge Verchere dans *B-Line* s'appliquent aux circonstances présentes:

> [TRADUCTION] Enfin, comme l'a souligné Me Mullins, il est clair que les mots «aux mêmes conditions et de la même manière que si l'entreprise extra-provinciale y exploitée était une entreprise locale» [*Loi sur le transport par véhicule à moteur*, par. 3(2)] doivent attirer les dispositions de l'art. 11 de *The Motor Carrier Act*, qui donnent expressément à la Commission le pouvoir de modifier, de suspendre et d'annuler un permis (à la p. 601).

Lorsqu'à l'art. 3, la Loi autorise la commission locale à délivrer un permis à une entreprise extra-provinciale aux mêmes conditions que s'il s'agissait d'une entreprise locale, on doit en déduire tout bonnement qu'elle prévoit la délivrance de pareil permis dans le cadre de la réglementation établie par la commission siégeant conformément à l'autorisation conférée par la loi fédérale. Ce permis, indépendamment de la loi fédérale, est délivré par la commission à titre de «certificat» conformément aux articles susmentionnés de la loi provinciale. Le certificat est délivré par «octroi» de la commission. L'article 58 de la loi locale autorise la saisie d'un véhicule à moteur lorsqu'il [TRADUCTION] «est exploité contrairement à cette loi ... ou aux ordres» de la commission. Ni le terme «octroi» ni le terme «ordre» ne sont définis dans la Loi. Par conséquent, la saisie pratiquée en l'espèce peut être le résultat de l'exploitation d'un véhicule d'entreprise publique sans que la Commission ait délivré le certificat requis, le tout contrairement au par.

[11] [1975] 3 W.W.R. 598.

coincidence is the same section number as the section principally under review in the federal Act); or contrary to the conditions outlined in the certificate issued by the Board pursuant to s. 22 of the Alberta Act. If it were necessary to decide that a grant of certificate by the Board is an "order" of the Board, as the term is employed in s. 58(1), I would do so. There is no doubt of the power and authority of the Board to seize the vehicle of the appellants and the cargo being carried therein under the law of the province unless the law of the province has been made inapplicable to these events by the federal statute. Section 6 of the *Motor Vehicle Transport Act* does not, in my view, have the effect of displacing the provincial law otherwise applicable under s. 3(2) of the federal Act. Section 3(1) forbids the operation of an extra-provincial undertaking in the province without a licence issued under the authority of the federal Act. Section 6 makes it an offence to violate any provision of the Act and renders the offender liable to punishment by fine or imprisonment. It may be that an offence under s. 3(1) may be punishable only upon the terms of s. 6 but not with reference to any provincial law or regulation which might otherwise be applicable. It is not necessary to make any such determination, however, in this appeal.

Section 3(2), on the other hand, makes no reference to the law of the province but expressly authorizes the Board to exercise its licensing authority under the federal Act on like terms and conditions as if the subject of the licensing process were a local undertaking. This subsection neither expressly nor inferentially displaces the provincial law, but rather expressly makes provincial law applicable. The Ontario Court of Appeal in both *Regina v. Glibbery*[12] and *Regina v. Isaac*[13] was dealing with federal legislation which expressly applied federal sanctions to breaches of incorporated provincial substantive laws. Section 3 of the federal statute here under review must be read along with s. 6 of that statute and the result contrasts sharply with the federal legislation in *Glibbery* and *Isaac*, *supra*. There is, therefore, no

[12] (1962), 36 D.L.R. (2d) 548.
[13] [1973] 3 O.R. 833.

3(1) de la loi provinciale (qui par une coïncidence malheureuse porte le même numéro que l'article de la loi fédérale en cause ici); ou en contravention des conditions stipulées dans le certificat délivré par la Commission conformément à l'art. 22 de la Loi de l'Alberta. S'il fallait décider que l'octroi d'un certificat par la Commission est un «ordre», au sens de ce terme au par. 58(1), je le ferais. Il est indubitable que la Commission a le pouvoir de saisir le véhicule des appelantes et le chargement, qui y est transporté, en vertu de la loi de la province à moins que la loi fédérale ne la rende inapplicable à ces circonstances. A mon avis, l'art. 6 de la *Loi sur le transport par véhicule à moteur* n'a pas pour effet de remplacer la loi provinciale applicable par ailleurs en vertu du par. 3(2) de la loi fédérale. Le paragraphe 3(1) interdit l'exploitation d'une entreprise extra-provinciale dans la province sans détenir un permis délivré sous l'autorité de la loi fédérale. L'article 6 érige en infraction toute violation de la Loi et rend le contrevenant passible d'une amende ou d'un emprisonnement. Il se peut qu'une infraction au par. 3(1) soit punissable seulement en vertu de l'art. 6, mais non aux termes d'une loi ou d'un règlement provincial qui pourrait s'appliquer par ailleurs. Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer sur cette question en l'espèce.

Par contre, le par. 3(2) ne renvoie aucunement à la loi de la province mais autorise expressément la Commission à exercer le pouvoir que lui confère la loi fédérale de délivrer des permis aux mêmes conditions que s'il s'agissait de délivrer un permis à une entreprise locale. Ce paragraphe ne remplace ni expressément ni par inférence la loi provinciale, mais au contraire, il la rend expressément applicable. Dans les arrêts *Regina v. Glibbery*[12] et *Regina v. Isaac*[13], la Cour d'appel de l'Ontario a analysé la législation fédérale qui prévoyait expressément l'application de sanctions fédérales à des violations de lois positives provinciales y insérées. L'article 3 de la loi fédérale étudiée en l'espèce doit être lu de concert avec l'art. 6 de cette même loi; le résultat contraste vivement avec la législation fédérale en cause dans les arrêts *Glibbery* et *Isaac*, précités.

[12] (1962), 36 D.L.R. (2d) 548.
[13] [1973] 3 O.R. 833.

inferential impact by s. 6 on the provincial seizure powers under s. 58 of the Alberta Act and those powers are not thereby displaced. The words employed by Parliament in s. 3(2) are overriding in their impact. Section 6(1) does not displace any power of the Alberta Board acting under s. 3(2) to issue a licence on such terms and conditions as the Board would attach, had the licensee been a purely intraprovincial carrier. The provincial law authorizes, amongst other matters, suspension of licence and seizure of cargo carried contrary to the terms of a licence. To reduce the meaning of s. 3(2) by reading it as being subject to the penalties imposed in s. 6(1) and thereby as excluding the provincial authorization to suspend licences and seize cargos and to otherwise enforce the local law applicable to the terms and conditions of licence issued by the Board acting under its federal licensing power, would be to strike at the very heart of the provincial licensing procedures.

The result of this specific review of the applicable sections of the federal statute and the provisions of the provincial law referentially incorporated therein is supported by a more general examination of the federal and provincial statutory pattern adopted for the regulation of the transportation of cargo by motor vehicles. The division of authority under the *British North America Act* requires an integration of regulatory controls over the highways as such and over the transportation of goods thereon as well as a co-ordination of the regulation of the commerce flowing over these highways intraprovincially, interprovincially and internationally. The province, through its control of the highways, may not interfere with the federal power to regulate the extraprovincial undertakings operating along those highways. In the same manner, however, the provincial power to regulate entirely local undertakings engaged in the transportation service must be left unimpaired by the federal activities in their proper sphere. In my view, the limited or immediate problem arising under the federal statute on this appeal is easily determined by according their plain meaning to the terms of that statute. Happily, in my view, the result of such a process accords with a sensible and workable disposition of these issues.

Par conséquent, l'art. 6 ne porte pas atteinte par inférence aux pouvoirs de saisie prévus à l'art. 58 de la Loi de l'Alberta et il ne vient donc pas les enlever. Le texte du par. 3(2) adopté par le Parlement a un effet prépondérant. Le paragraphe 6(1) n'enlève pas le pouvoir de la Commission de l'Alberta de délivrer, sous l'autorité du par. 3(2), un permis aux conditions qu'elle aurait fixées si le titulaire du permis avait été strictement un voiturier intraprovincial. La loi provinciale permet, entre autres choses, la suspension d'un permis et la saisie du chargement transporté contrairement aux conditions du permis. On porterait atteinte au fondement même du processus provincial de délivrance de permis si l'on atténuait le sens du par. 3(2) en l'assujettissant aux pénalités prévues au par. 6(1) et, par conséquent, en excluant l'autorisation provinciale de suspendre les permis, de saisir les chargements et d'assurer autrement le respect de la loi locale applicable aux conditions du permis délivré par la Commission conformément au pouvoir de délivrer des permis conféré par le fédéral.

Le résultat de cette étude des articles applicables de la loi fédérale et des dispositions de la loi provinciale insérées par renvoi est étayé par une analyse plus générale de la législation fédérale et provinciale adoptées en vue de la réglementation du transport de marchandises par véhicule à moteur. Le partage des compétences aux termes de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* exige une intégration de la réglementation des routes comme telles et du transport de marchandises sur ces routes, de même qu'elle exige la coordination de la réglementation du commerce intraprovincial, interprovincial et international qui s'effectue sur ces routes. Par la réglementation des routes, la province ne peut empiéter sur le pouvoir fédéral de réglementer la mise en service des entreprises extra-provinciales sur ces routes. De même, l'activité du fédéral dans sa propre sphère ne doit pas porter atteinte au pouvoir provincial de réglementer entièrement les entreprises locales de transport. A mon avis, le problème limité ou direct que pose en l'espèce la loi fédérale est facilement résolu si l'on donne au texte de cette loi son sens manifeste. Heureusement, à mon avis, le résultat de cette démarche est compatible avec un règlement censé et réalisable de ces points en litige.

I therefore would dismiss this appeal with costs to the respondents.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitor for the respondent Board: The Attorney General of Alberta.

Solicitors for the respondents, Reimer Express (Pacific) Ltd. and Alberta Motor Transport Association: McLennan, Ross, Taschuk & Ponting, Edmonton.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Les intimées ont droit aux dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureur de la Commission intimée: Le Procureur général de l'Alberta.

Procureurs des intimées, Reimer Express (Pacific) Ltd. et Alberta Motor Transport Association: McLennan, Ross, Taschuk & Ponting, Edmonton.

Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd., Redpath Industries Limited, St. Lawrence Sugar Limited and S.L.S.R. Holdings Limited *Appellants*;

and

The Attorney General of Canada *Respondent.*

1979: December 10, 11 and 12; 1980: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Combines — Conspiracy to prevent or lessen competition unduly — Market shares maintained — Tacit agreement or "conscious parallelism" — Burden of proof — Mens rea — Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(b), 32(1)(c) — Criminal Code, ss. 605(1)(a), 618(2)(a).

The three appellants were charged by a bill of indictment containing two counts, both relating to the period January 1, 1960, to May 31, 1973. In count 1 the charge was that the appellants conspired to enhance unreasonably the price of sugar in eastern Canada, and in count 2 the appellants were charged with conspiracy to prevent or lessen, unduly, competition in the production, transportation, sale and supply of sugar in eastern Canada, contrary to s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*.

The evidence indicated that each of the appellants operated sugar refineries in which imported sugar was refined for marketing in the region extending from the Atlantic Ocean to the western boundary of Ontario. During World War II, the marketing of sugar was regulated by the Wartime Prices and Trade Board and the appellants, then the only sugar refiners in business, were allotted shares of the market in eastern Canada. When the controls ended in 1949 the appellants had the following shares of the market: Atlantic, 35.6 per cent, Redpath, 42.7 per cent and St. Lawrence, 21.7 per cent. This proportional participation in the market continued without interruption until 1958 when Redpath set about to increase its market share by reducing its prices, and its share of the market rose from 42.8 per cent in 1957 to 46.6 per cent in 1958. As a result of this price-cutting program the appellant Redpath suffered a severe financial drain and was taken over by Tate & Lyle Limited. Thereafter, the price-cutting policy was discontinued

Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd., Les Industries Redpath Limitée, Sucre St-Laurent Limitée et S.L.S.R. Holdings Limited *Appelantes*;

et

Le procureur général du Canada *Intimé.*

1979: 10, 11 et 12 décembre; 1980: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et McIntyre.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Coalitions — Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence — Maintien des parts du marché — Entente tacite ou «décisions consciemment parallèles» — Fardeau de preuve — Mens rea — Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)b), 32(1)c) — Code criminel, art. 605(1)a), 618(2)a).

Les trois appelantes ont été accusées par un acte d'accusation comprenant deux chefs, tous deux relatifs à la période du 1er janvier 1960 au 31 mai 1973. Selon le premier chef, les appelantes sont accusées d'avoir comploté pour élever indûment le prix du sucre dans l'Est du Canada; selon le second chef, elles sont accusées d'avoir comploté pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, le transport, la vente et la fourniture du sucre dans l'Est du pays, contrairement à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*.

La preuve révèle que chaque appelante exploitait des raffineries de sucre où du sucre importé était raffiné pour être commercialisé dans la région qui s'étend de l'Océan Atlantique à la frontière occidentale de l'Ontario. Pendant la Seconde Guerre mondiale, la commercialisation du sucre était régie par la Commission de contrôle des prix en temps de guerre qui avait alloué aux appelantes, seuls raffineurs de sucre faisant affaires à l'époque, des parts du marché de l'Est du Canada. Lorsque les contrôles ont été levés en 1949, les appelantes détenaient les parts suivantes du marché: Atlantic, 35.6 pour cent, Redpath, 42.7 pour cent et St-Laurent, 21.7 pour cent. Leurs parts respectives du marché se sont maintenues sans interruption jusqu'en 1958, lorsque Redpath a entrepris d'augmenter la sienne en abaissant ses prix; sa part du marché est passée de 42.8 pour cent en 1957 à 46.6 pour cent en 1958. Ce programme de réduction des prix a sérieusement affaibli la situation financière de l'appelante Redpath, dont Tate & Lyle

and each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares.

At trial the appellants were found not guilty on both counts. The Court of Appeal for Quebec dismissed the appeal of the Crown with respect to count 1 but found all the appellants guilty on count 2. The accused appealed as of right under *Cr. C.* s. 618(2)(*a*).

Held (Estey J. dissenting): The appeals should be allowed, the convictions set aside and the acquittals restored.

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and McIntyre JJ.: On the facts before him, the trial judge found no evidence of communication between the accused on the subject of price. He was of the opinion that while identical price lists might give rise to an inference of an arrangement to fix price, such inference is unwarranted where it is shown that conformity of prices was not arrived at as a result of collusion. He concluded that since the *Combines Investigation Act* does not prohibit a member of an industry from taking into account and following his competitor's price changes, be they up or down, it follows that he is not prohibited from taking into account and following the system upon which these price changes are made. The trial judge rightly held, on the evidence, that the uniform prices were the result of independent decisions, which he called "conscious parallelism" and do not amount to conspiracy.

With respect to the maintenance of the market shares, the trial judge, on the evidence, found that it was the result of a tacit agreement between the accused but that it had not been shown that the agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening the competition. He also said that he was not able to infer from the totality of the evidence on this point that market shares were maintained for the purpose of stifling competition. He found evidence of actual competition. None of the refiners was obliged to compete more strongly than it felt desirable in its own interest. Each refiner was entitled to decide not to seek to increase its market share as long as this was not done by collusion. In the present case, the "tacit agreement" which the trial judge found was obviously to lessen competition. Whether this was a criminal offence depends exclusively on whether competition was thus intended to be lessened "unduly", i.e., on whether the agreement was intended to lessen competition improperly, inordinately, excessively, oppressively or to have the effect of virtually relieving the conspirators from the influence of free competition. The trial judge came to the conclusion that

Limited a pris le contrôle. Par la suite, la politique de réduction des prix a pris fin et chacune des accusées a décidé de s'en tenir à sa part traditionnelle du marché.

Au procès, les appelantes ont été acquittées sur les deux chefs. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté par le ministère public à l'égard du premier chef mais a déclaré toutes les appelantes coupables sur le second chef. Les accusées se sont pourvues de plein droit conformément à l'al. 618(2)*a*) du *C. cr.*

Arrêt (le juge Estey est dissident): Les pourvois sont accueillis, les déclarations de culpabilité infirmées et les acquittements rétablis.

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre: Devant les faits qui lui ont été présentés, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de communications entre les accusées au sujet du prix du sucre. Il est d'avis que même si des listes de prix identiques permettent de présumer une entente en vue de fixer les prix, cette déduction n'est pas justifiée quand il est démontré que l'uniformité des prix n'est pas collusoire. Il a conclu que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n'interdit pas à une entreprise de tenir compte des changements de prix de ses concurrents et de les suivre, à la hausse ou à la baisse, il s'ensuit qu'il ne lui est pas interdit de tenir compte du système selon lequel ces changements s'effectuent. Le juge de première instance a correctement conclu, d'après la preuve, que les prix uniformes étaient le résultat de décisions indépendantes, qu'il a appelées «décisions consciemment parallèles», et ne constituent pas un complot.

Le juge de première instance, d'après la preuve, a conclu que le maintien des parts du marché résulte d'une entente tacite entre les accusées mais qu'il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Il a aussi dit qu'il lui était impossible de conclure de l'ensemble de la preuve sur ce point que les accusées ont maintenu leurs parts du marché afin d'étouffer la concurrence. Il a aussi conclu des éléments de preuve à l'existence d'une concurrence réelle. Aucun des raffineurs n'était tenu de faire concurrence plus fortement qu'il ne l'estimait souhaitable dans son propre intérêt. Chacun des raffineurs avait le droit de décider de ne pas chercher à augmenter sa part du marché en autant que cette décision n'était pas le résultat d'une collusion. En l'espèce, l'«entente tacite» à l'existence de laquelle a conclu le juge de première instance avait manifestement pour objet de diminuer la concurrence. Cela ne constitue une infraction criminelle que si la concurrence a ainsi été diminuée «indûment», c.-à-d. une entente destinée à diminuer la concurrence de façon illégitime, immodérée, excessive ou oppressive ou destinée à soustraire virtuelle-

the Crown had failed to prove an agreement to lessen competition unduly and there is no sound basis in the reasons for judgment in the Court of Appeal for concluding otherwise.

While the offence charged is truly criminal in nature and therefore requires *mens rea*, this does not mean that, assuming the "tacit agreement" was illegal, the accused, or rather their officials who are their directing minds, had to be conscious of its illegality. If it had been intended to lessen competition "unduly" it would have been no defence that the accused mistakenly thought that the intended lessening of competition would not be "undue". It is always for the Court to decide on the facts whether an agreement to lessen competition means that competition is to be lessened "unduly" and the views of the accused on that are irrelevant. Finally, while the trial judge was in error in referring to the rule in *Hodge*'s case with respect to circumstantial evidence, his conclusion was not based on this view of the law and this error was, here, of no consequence.

Per Estey J., *dissenting:* The Court was faced with two opposing explanations of the strange sight of the three accused sharing virtually all the eastern Canada sugar market in constant proportions for eleven years and thereafter sharing ninety per cent of the market in the same proportion for another fourteen years. The theory of the Crown is that there existed a market sharing agreement which was maintained by the accused for many years despite changing circumstances and the fact that any one of the accused could readily through various means have obtained a greater share of the market, and that the agreement had the effect of lessening competition. The theory of the defence is that the only way to increase sales of an homogeneous product in an oligopoly is to reduce prices, the result of which is either a depletion of supplies and depressed earnings by the firm lowering its prices or a price war. Since the results in either case are disastrous, the only alternative is for each member of the oligopoly to seek to maintain its traditional market share.

The trial judge described the onus upon the Crown as follows: a) that the accused entered into an agreement; b) that the object of the agreement was to lessen competition; c) that the intended lessening of competition was undue. The third element, when read with other comments in the trial judgment, reveals an error in law and opens up the avenue of appeal to the Court of Appeal by

ment les conspirateurs à l'influence de la libre concurrence. Le juge de première instance a conclu que le ministère public n'avait pas réussi à prouver une entente pour diminuer indûment la concurrence et il n'y a aucun fondement solide dans les motifs de la Cour d'appel pour conclure dans un autre sens.

Bien que l'infraction alléguée soit véritablement criminelle et, par conséquent, exige la *mens rea*, cela ne signifie pas que, si l'on tient pour acquis que l'«entente tacite» était illégale, il était nécessaire que les accusées, ou plutôt leurs administrateurs qui en sont les têtes dirigeantes, se rendent compte de son illégalité. Si par l'entente on entendait vraiment diminuer la concurrence «indûment», le fait que les accusées auraient par erreur estimé que la diminution voulue de la concurrence ne serait pas «indue» n'aurait pas constitué un moyen de défense. Il revient toujours à la cour de décider à partir des faits si une entente en vue de diminuer la concurrence signifie que la concurrence sera diminuée indûment et l'opinion d'un accusé sur ce point n'est pas pertinente. Finalement, même si le juge de première instance a commis une erreur en se référant à la règle à l'égard de la preuve indirecte dans l'arrêt *Hodge*, sa conclusion n'est pas fondée sur cette conception du droit et cette erreur, en l'espèce, n'a aucune conséquence.

Le juge Estey, *dissident*: On a soumis à la Cour deux explications opposées du curieux spectacle offert par les trois accusées qui se sont partagé virtuellement tout le marché du sucre dans l'Est du Canada en proportions constantes pendant onze ans, puis quatre-vingt-dix pour cent du marché dans les mêmes proportions pendant quatorze autres années. La thèse du ministère public est l'existence d'une entente de partage du marché que les accusées ont maintenu pendant plusieurs années malgré des circonstances changeantes, et même si n'importe laquelle d'entre elles aurait facilement pu en obtenir une part plus importante par divers moyens, l'entente a eu pour effet de diminuer la concurrence. La thèse de la défense est que la seule façon d'augmenter les ventes d'un produit homogène dans un oligopole est d'abaisser les prix, ce qui a pour résultat soit d'épuiser les stocks et de diminuer les revenus de l'entreprise qui abaisse ses prix, soit une guerre des prix. Comme ces deux résultats sont désastreux, la seule autre solution est que chaque membre de l'oligopole cherche à maintenir sa part traditionnelle du marché.

Le juge de première instance a défini le fardeau qui incombe au ministère public comme suit: a) que les accusées ont conclu une entente; b) que l'objet de l'entente consiste à diminuer la concurrence; c) que la diminution de concurrence visée est indue. Il ressort du troisième élément lu en corrélation avec les autres commentaires du juge de première instance, une erreur de

way of s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*, as it imposes a greater burden of proof than that imposed by the law. The appellants contended, however, that in any event they could not be convicted under s. 32(1)(*c*) on the basis of a "tacit agreement", for there were no communications between the parties as a result of which an expectation was aroused in each that the others would act in a certain way. That argument carries by implication the notion that s. 32 somehow imports the doctrines of the law of contracts into the criminal law. That view cannot be sustained. The section refers to "conspires, combines or agrees or arranges". The agreement clearly need not be enforceable for axiomatically it is not. The parties to the transaction must be deemed to know that it is unenforceable as being illegal. They have by their conduct indeed foresaken the ordinary recourse to the civil law. Therefore the agreement may be proven, in the sense of being made capable of discernment by the finder of fact from all the surrounding facts and circumstances, including the conduct of the parties. Conspiracy, like all other crimes, may be established by inference from the conduct of the parties. The trial judge has expressly found a tacit agreement to limit market shares. He went on to find that in the circumstances an agreement to lessen competition would be undue. The onus on the Crown had been met, and the defence of conscious parellelism, which might be a valid element in the legal position of an accused under s. 32 in some commercial circumstances, is not opened in a case, as here, where the tribunal is not concerned with a market shared by a wide range of suppliers but with a market shared by three suppliers. The tacit agreement as found was to maintain the proportion of the sugar trade historically enjoyed by each of the accused. This relationship necessarily involved the curbing of free competition where it would upset this balance of trade shares. It matters not that these reins on free competition are imposed for good motives on the part of the accused. The tacit agreement axiomatically entails a restraint on competition and that restraint produced a lessening which the trial judge has found in all the circumstances of this case to be undue. Finally, the trial judge erred in law in directing himself to the effect that proof of intent made by circumstancial evidence must meet the test in *Hodge*'s case, such formula having been rejected by the Court as an inexorable rule of law in Canada. That error is, of course, against the interest of the respondent and not the appellant.

droit qui permet d'interjeter appel à la Cour d'appel conformément à l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel* puisqu'il impose un fardeau de preuve plus lourd que celui imposé en droit. Les appelantes ont soutenu, toutefois, qu'en tout état de cause, elles ne pouvaient être déclarées coupables en vertu de l'al. 32(1)*c*) sur le fondement d'une «entente tacite» parce qu'il n'y a pas eu entre les parties de communications à la suite desquelles chacune puisse s'attendre à ce que les autres agissent d'une certaine façon. Cet argument implique que l'art. 32 introduit de quelque façon les principes du droit des obligations en droit criminel. Ce point de vue ne peut être admis. La disposition comporte les termes «complote, se coalise, se concerte ou s'entend». Il est clair que l'entente n'a pas à être susceptible d'exécution forcée, car, par définition, elle ne l'est pas. Il faut présumer que les parties à l'entente savent qu'elle n'est pas susceptible d'exécution forcée puisqu'elle est illégale. Elles ont, par leur comportement, renoncé à recourir au droit civil. Donc, l'entente peut être prouvée, c'est-à-dire que le juge des faits peut conclure à son existence à partir de tous les faits et circonstances de l'affaire, y compris le comportement des parties. L'on peut établir le complot, comme tout autre crime, en le déduisant du comportement des parties. En l'espèce, le juge de première instance a conclu expressément à l'existence d'une entente tacite visant à limiter les parts du marché et il a ensuite conclu que, dans les circonstances, une entente pour diminuer la concurrence serait indue. Le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et le moyen de défense voulant que des décisions consciemment parallèles puissent être un élément valide de la défense d'une personne inculpée en vertu de l'art. 32 dans certaines situations commerciales, n'existe pas dans une affaire, comme celle-ci, où le tribunal n'étudie pas un marché partagé entre de nombreux fournisseurs mais un marché partagé entre trois fournisseurs. L'entente tacite qui a été établie visait à maintenir les parts du commerce du sucre dont bénéficiait traditionnellement chacune des accusées. Cette relation implique nécessairement l'étouffement de la libre concurrence lorsqu'elle risque de bouleverser l'équilibre des parts du marché. Peu importe que ces limitations de la libre concurrence soient imposées par les accusées pour des motifs louables. L'entente tacite entraîne automatiquement une limitation de la concurrence, laquelle produit une diminution que, dans les circonstances de l'espèce, le juge de première instance a jugée indue. Finalement, le juge de première instance a erré en droit en se donnant pour principe que l'on peut établir la preuve de l'intention par une preuve indirecte selon la formule dans l'arrêt *Hodge*, cette formule ayant été rejetée comme règle de droit inexorable au Canada. Cette erreur favorise évidemment les appelantes et non l'intimé.

[*R. v. Armco Ltd. and others* (1976), 13 O.R. (2d) 32; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403; *Aetna Insurance Co. and others v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 731; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *Hodge*'s case (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal for Quebec[1], allowing the appeal by the Crown from the decision of the Superior Court[2] acquitting the accused. Appeals allowed, Estey J. dissenting.

L. Yves Fortier, Q.C., and *Pierre Hébert*, for the appellant Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.

Colin Irving and *Peter Martin*, for the appellant Redpath Industries Ltd.

J. J. Robinette, Q.C., and *Yves Bériault*, for the appellant St. Lawrence Sugar Limited.

Bruno Pateras, Q.C., and *Arnold Fradkin*, for the respondent.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and McIntyre JJ. was delivered by

PIGEON J.—The appellants were charged by indictment on two counts for offences under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(*b*) and 32(1)(*c*) respectively between January 1, 1960 and May 31, 1973, as follows:

1. Conspiracy "to enhance unreasonably the price of" sugar;

2. Conspiracy "to prevent or lessen, unduly, competition in the production ... or supply of" sugar.

After a protracted trial, the accused were acquitted on both counts by Mackay J. (1976, 26 C.P.R. (2d) 14). On appeal by the Attorney General of Canada the acquittal was affirmed on the first count but reversed on the second count and a verdict of guilty was entered on that count (1978, 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209). The appeal by

[1] (1978), 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209, 41 C.P.R. (2d) 5, [1978] C.A. 25.

[2] (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, [1976] C.S. 42.

[Jurisprudence: *R. v. Armco Ltd. and others* (1976), 13 O.R. (2d) 32; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et autres c. La Reine*, [1957] R.C.S. 403; *Aetna Insurance Co. et autres c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 731; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; l'arrêt *Hodge* (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.]

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public du jugement de la Cour supérieure[2] qui avait acquitté les accusées. Pourvois accueillis, le juge Estey étant dissident.

L. Yves Fortier, c.r., et *Pierre Hébert*, pour l'appelante Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.

Colin Irving et *Peter Martin*, pour l'appelante Les Industries Redpath Ltée.

J. J. Robinette, c.r., et *Yves Bériault*, pour l'appelante Sucre St-Laurent Limitée.

Bruno Pateras, c.r., et *Arnold Fradkin*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et McIntyre rendu par

LE JUGE PIGEON—Les appelantes ont été accusées par un acte d'accusation comprenant deux chefs, d'avoir, entre le 1er janvier 1960 et le 31 mai 1973,

1. comploté «pour élever déraisonnablement le prix» du sucre;

2. comploté «pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production ... ou la fourniture» du sucre,

contrairement aux al. 32(1)*b*) et 32(1)*c*) respectivement de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23. Au terme d'un long procès, le juge Mackay a prononcé un acquittement sur les deux chefs (1976, 26 C.P.R. (2d) 14). A l'issue de l'appel interjeté par le procureur général du Canada, l'acquittement a été

[1] (1978), 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209, 41 C.P.R. (2d) 5, [1978] C.A. 25.

[2] (1976), 26 C.P.R. (2d) 14, [1976] C.S. 42.

the accused to this Court was taken as of a right under *Cr. C.* s. 618(2)(*a*).

On the facts before him Mackay J. found no evidence of communication between the accused on the subject of price (at p. 96). Dealing with the allegation of price fixing as an element of the alleged conspiracy to prevent or lessen competition, he said (at p. 97):

> In an oligopolistic situation where the product is homogeneous—as in sugar—the price of the product must inevitably be the same, for if one member priced his product higher than the others he would have no sales. If he posted a lower price he would soon be inundated with buyers, would realize his price was too low, perhaps unprofitable, and raise it. Thus by natural osmosis the price of an homogeneous product tends to reach the same level. But the process might be costly and is certainly inefficient. There are two ways to avoid it. Firstly, by the members of the industry conspiring to fix prices, which is illegal, or by the members of the industry making a conscious effort to parallel the prices of the leader.

After referring to the judgment of Lerner J. in *R. v. Armco Ltd. and others*[3], Mackay J. said (at p. 98):

> With great respect, I am of opinion that while identical price lists might give rise to an inference of an arrangement to fix prices, such inference is unwarranted where it is shown that conformity of prices was not arrived at as a result of collusion.

Then, after quoting from several witnesses, he held against any inference of a price fixing arrangement, concluding his remarks on that point as follows (at pp. 100-101):

> Since the Act does not prohibit a member of an industry from taking into account and following his competitors' price changes, be they up or down, it follows that he is not prohibited from taking into account and following the system upon which these price changes are made.

[3] (1975), 6 O.R. (2d) 521.

confirmé sur le premier chef mais sur le second il a été infirmé et un verdict de culpabilité a été inscrit (1978, 3 B.L.R. 221, 41 C.C.C. (2d) 209). Les accusées se sont pourvues de plein droit devant cette Cour conformément à l'al. 618(2)*a*) du *C. cr.*

Devant les faits qui lui ont été présentés, le juge Mackay a conclu qu'il n'y avait aucune preuve de communications entre les accusés au sujet du prix du sucre (à la p. 96). En ce qui concerne la prétention que la fixation d'un prix uniforme démontrerait un complot pour empêcher ou diminuer la concurrence, il a dit (à la p. 97):

> [TRADUCTION] Dans une structure oligopolistique où le produit est homogène—comme le sucre—le prix du produit doit inévitablement être le même, car si l'une des entreprises fixe pour ce produit un prix plus élevé que les autres, elle ne pourra le vendre. Si elle affiche un prix moins élevé, elle sera rapidement inondée d'acheteurs. Se rendant alors compte que son prix est trop bas, peut-être non profitable, elle le haussera. Ainsi, par un phénomène d'osmose naturelle, le prix d'un produit homogène a tendance à atteindre le même niveau. Mais cette démarche peut être coûteuse et elle est assurément inefficace. Il y a deux façons de l'éviter. Premièrement, les entreprises peuvent comploter en vue de fixer les prix, ce qui est illégal. Deuxièmement, elles peuvent chercher consciemment à rendre leurs prix conformes à ceux du chef de file.

Après avoir fait référence au jugement du juge Lerner dans *R. v. Armco Ltd. and others*[3], le juge Mackay poursuit en ces termes (à la p. 98):

> [TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que même si les listes de prix identiques permettent de présumer une entente en vue de fixer les prix, cette déduction n'est pas justifiée quand il est démontré que l'uniformité des prix n'est pas collusoire.

Ensuite, après avoir cité plusieurs témoignages, il a rejeté la présomption d'entente en vue de fixer les prix et terminé ses remarques sur ce point en ces termes (aux pp. 100 et 101):

> [TRADUCTION] Puisque la Loi n'interdit pas à une entreprise de tenir compte des changements de prix de ses concurrents et de les suivre, à la hausse ou à la baisse, il s'ensuit qu'il ne lui est pas interdit de tenir compte du système selon lequel ces changements s'effectuent.

[3] (1975), 6 O.R. (2d) 521.

Moreover, although all Canadian refiners had identical price lists, there were, as Miller said, exceptions when the actual sales prices varies as a result of customers' discounts, not including discounts for prompt payment.

Mr. T. Moorse, former Vice President of Neilson's-Lowneys testified:

"A. ... That price list is for anybody and everybody. And if we were a big buyer, like any other big buyers, we would feel entitled to certain extra consideration for the volume.

Q. Mm-hmm. Discounts of some sort?
A. Yes.

Q. When you approached two or more of the refineries in the way you have just described. What sort of results did you get in the way of price levels? Did they vary or were they identical or what?

A. They varied. Of course they varied, because—they weren't certainly all the same, because first of all I was dealing with different people".

Testimony of the officers of other industrial sugar users, such as Loeb Ltd., Coca-Cola Ltd., Rowntree-MacIntosh, Fry-Cadbury and General Foods, was to the effect that the refiners' quotes invariably differed appreciably.

Then dealing with the allegation of a market sharing agreement Mackay J. said (at pp. 101-103):

In virtue of Wartime Controls, quotas for the production of refined sugar in Eastern Canada had been allotted to the accused in the following proportions (ex. P-1-A):

Atlantic	35.5%
Redpath	43.0%
St. Lawrence	21.5%

Their shares of the refined sugar market until controls ended in 1949 were (ex. P-1-A):

Atlantic	35.6%
Redpath	42.7%
St. Lawrence	21.7%

During the next decade, the market shares varied slightly. But in 1958, Redpath having just opened its Toronto refinery and being anxious to increase sales and recoup some of the heavy expenses involved, surrepti-

De plus, même si tous les raffineurs canadiens avaient des listes de prix identiques, il y avait, comme l'a souligné M. Miller, des exceptions: par exemple, le prix de vente réel variait par suite de remises accordées aux clients, en dehors des remises par suite du paiement dans les délais.

M. T. Moorse, ancien vice-président de Neilson—Lowneys, a témoigné comme suit:

«R. ... Cette liste de prix s'adresse à tout le monde. Et si nous étions un gros acheteur, nous estimerions avoir le droit, comme n'importe quel autre gros acheteur, à une attention particulière à cause du volume d'achat.

Q. Mm-hmm. Des remises, par exemple?
R. Oui.

Q. Après vous être mis en communication avec deux ou plusieurs raffineries de la façon que vous venez de décrire, quels résultats avez-vous obtenus quant au niveau des prix? Est-ce que les prix variaient ou étaient identiques? Qu'en était-il?
R. Ils variaient. Il va de soi qu'ils variaient puisque—il est évident qu'ils n'étaient pas les mêmes car, premièrement, je faisais affaire avec des gens différents.»

Les témoignages des administrateurs d'autres entreprises qui utilisent du sucre raffiné, telles Loeb Ltd., Coca-Cola Ltd., Rowntree-MacIntosh, Fry-Cadbury et General Foods, démontrent que dans tous les cas, les prix des raffineurs différaient sensiblement.

Passant à l'allégation qu'il y aurait eu une entente pour le partage du marché, le juge Mackay tient les propos suivants (aux pp. 101 à 103):

[TRADUCTION] Conformément au programme de contrôle des prix en temps de guerre, les accusées se sont vu allouer les quotas suivants pour la production de sucre raffiné dans l'Est du Canada (p. P-1-A):

Atlantic	35.5%
Redpath	43.0%
St-Laurent	21.5%

Leurs parts du marché du sucre raffiné jusqu'à la fin du programme de contrôle, soit en 1949, s'établissaient comme suit (p. P-1-A):

Atlantic	35.6%
Redpath	42.7%
St-Laurent	21.7%

Leurs parts du marché ont très peu varié au cours de la décennie qui a suivi. Mais en 1958, Redpath, qui venait tout juste d'ouvrir sa raffinerie à Toronto et qui était impatiente d'augmenter ses ventes et de récupérer

tiously began to cut prices in the Toronto area. Atlantic felt the loss of sales in that area and so began to cut its prices there, although this represented a serious expense, due to the absorption by Atlantic of the unsubsidized portion of the freight from the refinery in St. John to the nearest basing point which was now Toronto instead of Montreal as it had been before the new refinery was constructed. The price war spread to include St. Lawrence. There were two results—First: Redpath increased its market share at the expense of the others from 42.8% in 1957 to 46.6% in 1958. Second: it lost the price war against its two well-funded opponents, and having sustained serious financial losses it was ripe for a take-over by Tate and Lyle.

Thereafter, each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares. Although each stressed that this was the result of an independent decision, one would be ingenuous not to be aware that there was and continues to be a tacit agreement to this effect.

But with respect, I do not think the competitive stratagems suggested by the Crown, apart from increasing discounts, that is price cutting, would have any effect on individual market shares. And the unhappy results of price cutting still remain fresh in the corporate memories . . .

On the evidence, I find that the maintenance of traditional market shares—which were adjusted but in the same proportion when Cartier came on steam—was the result of a tacit agreement between the accused. But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competiton. The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a price war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts. Nor am I able to infer from the totality of the evidence on this point, including overt acts, that market shares were maintained for the purpose of stifling competition. On the contrary, Cartier was launched in 1964 and none of its initial difficulties were due to the maintenance of market shares. Westcane was launched successfully in 1969. Austin attempted to launch Austin Sugar Refineries Limited in the Cornwall area with Government support in 1971 (ex. D-11 A and B). That this project was never realized was

une partie des dépenses importantes engagées dans cette entreprise, a subrepticement commencé à baisser ses prix dans la région de Toronto. Atlantic a ressenti une diminution de ses ventes dans cette région et a donc commencé à y baisser ses prix malgré les dépenses importantes que cela entraînait parce qu'elle devait absorber la partie non subventionnée des frais de transport de sa raffinerie située à Saint-Jean jusqu'au point d'opération maintenant situé à Toronto et non à Montréal, comme cela était le cas avant la construction de la nouvelle raffinerie. La guerre des prix s'est étendue jusqu'au point d'inclure St-Laurent. Elle a eu deux résultats: premièrement, Redpath a accru sa part du marché, au détriment des autres compagnies, de 42.8% en 1957 à 46.6% en 1958; deuxièmement, elle a perdu la guerre des prix au profit de ses deux adversaires bien pourvues financièrement. Après avoir subi des pertes financières importantes, elle était donc mûre pour une prise de contrôle par Tate et Lyle.

Par la suite, chacune des accusées a décidé de s'en tenir à sa part traditionnelle du marché. Bien que chacune d'elles ait affirmé qu'il s'agissait là d'une décision indépendante, il faudrait être naïf pour ne pas s'apercevoir qu'il existait et qu'il continue d'exister une entente tacite à cet effet.

Mais, avec égards, les stratagèmes concurrentiels suggérés par le ministère public n'auraient eu à mon avis aucun effet sur les parts de marché de chacune à moins d'accroître les remises, soit, en d'autres termes, de baisser les prix. Et les compagnies ont encore le souvenir tout frais des résultats malheureux de cette baisse des prix . . .

Je conclus, en me fondant sur la preuve, que la décision de maintenir les parts traditionnelles du marché—qui ont été ajustées dans la même proportion lorsque Cartier a été mise en service—résulte d'une entente tacite entre les accusées. Mais, à mon avis, il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Les accusées ont décidé de maintenir leurs parts traditionnelles du marché afin d'éviter une guerre des prix qui aurait eu lieu si l'une d'elles avait pris le seul moyen possible d'augmenter sa part, soit la baisse de prix par le biais de remises considérables. De même, il m'est impossible de conclure de l'ensemble de la preuve sur ce point, y compris la preuve d'actes manifestes, que les accusées ont maintenu leurs parts du marché afin d'étouffer la concurrence. Au contraire, l'entreprise Cartier a été lancée en 1964 et aucune des difficultés qu'elle a connues au début ne peut être attribuée au maintien des parts du marché. Westcane a été lancée avec succès en 1969. Austin a tenté de mettre en service, en 1971,

in no way due to the maintenance of market shares by the accused.

In passing, it is interesting to read in the prospectus for this last project that (ex. D-11-A):

"The purchase of raw sugar on the International markets for refining and the development of sales for refined sugar products, present no formidable obstacles in a market in which Robin Austin & Co. Ltd. has operated successfully for over twenty years".

Therefore, after considering all the evidence, both of the prosecution and the defence, and the arguments of counsel, I have come to the conclusion that the prosecution has not satisfied me beyond a reasonable doubt that the accused, as charged in the second count of the indictment, unlawfully conspired, combined, agreed or arranged together and with one another and with certain named co-conspirators to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of raw or refined sugar. And as such it is my duty to give the accused the benefit of the doubt and to find them not guilty of that offence.

With respect I must point out that the reasons for judgment in the Court of Appeal fail to show on what basis competition should be held to have been agreed to be lessened "unduly". Mayrand J.A., with whom Owen J.A. concurred, dealt with the case on a misconception of the evidence as to market shares saying (at p. 237):

[TRANSLATION] Following this costly commercial experience, the three refineries gave up their price war and simply divided the market as it was at that time. This division corresponded almost exactly to the following territorial division: Atlantic controlled the three maritime provinces, while Redpath had sole control of the Ontario market and divided the Quebec market with St. Lawrence (at first St. Lawrence Sugar Refineries Ltd., which was succeeded by S.L.S.R. Holdings Ltd., and is now Sucronel Ltd.). In 1973, these three respondents by themselves controlled some 74.09 per cent of the entire Canadian market.

Counsel for the Crown at the hearing in this Court admitted that there was no evidence of a territorial market division between the accused. His submission was that the "tacit agreement" for the maintenance of traditional market shares

Austin Sugar Refineries Limited dans la région de Cornwall avec l'aide de subventions gouvernementales (p. D-11 A et B). La non-concrétisation de ce projet ne peut en aucune façon être attribuée au maintien par les accusées des parts du marché.

En passant, il est intéressant de noter dans le prospectus de ce dernier projet que (p. D-11-A):

«Aucun obstacle majeur ne s'oppose à l'achat de sucre brut sur les marchés internationaux et à la mise en marché de produits de sucre raffiné sur un marché où Robin Austin & Co. Ltd. connaît beaucoup de succès depuis plus plus de vingt ans.»

Par conséquent, après avoir étudié toute la preuve, tant celle de la poursuite que de la défense, et les plaidoiries des avocats, j'en suis venu à la conclusion que la poursuite ne m'a pas convaincu au-delà de tout doute raisonnable que les accusées, aux termes du second chef d'accusation, ont comploté, se sont coalisées, se sont concertées ou se sont entendues ensemble et les unes avec les autres et avec d'autres co-conspirateurs désignés pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, le transport ou la fourniture du sucre brut ou raffiné. En conséquence, je suis tenu de donner aux accusées le bénéfice du doute et je les déclare non coupables de cette infraction.

Avec égards, je dois souligner que les motifs de l'arrêt ne font pas voir sur quoi s'est fondée la Cour d'appel pour conclure qu'il y aurait eu entente pour diminuer «indûment» la concurrence. L'opinion du juge Mayrand, à laquelle a souscrit le juge Owen, est fondée sur une fausse conception de la preuve concernant le partage du marché (à la p. 237):

A la suite de cette coûteuse équipée commerciale, les trois raffineries renoncèrent à la guerre des prix et s'en tinrent au partage du marché tel qu'il existait alors. Ce partage correspond à peu près à la division territoriale suivante: Atlantic a pour domaine les trois provinces maritimes, Redpath a seule le contrôle du marché ontarien et partage le marché québécois avec St. Lawrence (d'abord St. Lawrence Sugar Refineries Ltd. à qui a succédé S.L.S.R. Holdings Ltd., maintenant Sucronel Ltd.). A elles seules, ces trois intimées contrôlaient en 1973 quelque 74.09% de tout le marché canadien.

A l'audience devant cette Cour, le substitut du procureur général a reconnu l'absence de preuve d'une division territoriale du marché entre les accusées. Il prétend que l'«entente tacite» à laquelle a conclu le juge MacKay et qui visait le

which was found by Mackay J. was undue in law. His contention was that an agreement to restrict competition so as not to alter relative market shares was the equivalent of an agreement not to compete at all, that it was totally destructive to competition and therefore undue in law. As to this I might point out immediately that the trial judge did find evidence which he accepted of actual competition and would refer to the passage quoted from his judgment at pp. 100-101 of the report. I fail to see how it can be said that the "tacit agreement" found by the trial judge meant the elimination of competition when it is a fact that competition did subsist and that it did subsist, not in violation of the "tacit agreement", but as an integral part of the course of conduct from which the "tacit agreement" was inferred. To support his submission that the "tacit agreement" meant the practical destruction of competition not just a lessening which would not be unlawful unless found undue, counsel for the Crown referred to a memorandum dated September 16, 1966, which was prepared by the President of the Company then known as Canada and Dominion Sugar, now known as Redpath Industries Ltd., the largest concern in the field and the acknowledged price leader. This memo starts with a sales analysis for the first eight months of 1966 and the comment on those figures reads:

C & D share of market for period Jan./March was too high, therefore competitors started increased price cutting (in any of its forms). In fact our desire to hold our share of the market plus meet the Cartier situation must have hurt the others before the end of December 31st, 1965. The increased cutting of prices had a definite, compounding effect on our sales, i.e.

Jan.	34.34%)	
Feb.	32.88%)	
Mar.	32.14%)	
Apr.	31.13%)	A general declining trend
May	28.73%)	
Jun.	28.52%)	
Jul.	28.88%)	
Aug.	27.67%)	

maintien des parts traditionnelles du marché, revêt, en droit, un caractère indu. Selon lui, une entente visant à restreindre la concurrence de façon à ne pas modifier les parts relatives du marché équivaut à une entente visant à ne faire aucune concurrence. Il prétend qu'une entente semblable emporte l'abolition totale de toute concurrence et qu'elle est, par conséquent, indue. Sur ce point, je tiens à souligner que le juge de première instance a conclu des éléments de preuve admis par lui à l'existence d'une concurrence réelle. Je me reporte à l'extrait précité de son jugement, pp. 100 et 101 du recueil. Je ne vois pas comment on peut dire que l'«entente tacite» à laquelle il a conclu signifiait l'élimination de la concurrence alors que la concurrence subsistait bel et bien, non pas en contravention de l'«entente tacite», mais comme partie intégrante de la ligne de conduite de laquelle l'existence d'une «entente tacite» est déduite. A l'appui de sa prétention que l'«entente tacite» signifiait l'abolition complète de la concurrence et non une simple diminution qui ne serait pas illégale à moins qu'on ne conclue qu'elle est indue, le substitut renvoie à une note de service en date du 16 septembre 1966 rédigée par le président de la compagnie qui, à l'époque, s'appelait Canada and Dominion Sugar et porte maintenant le nom de Les Industries Redpath Ltée, l'entreprise la plus importante sur le marché du sucre et le chef de file reconnu en matière de prix. Cette note de service débute par un tableau des ventes pour les huits premiers mois de 1966. Les commentaires sur ces chiffres se lisent comme suit:

[TRADUCTION] La part du marché de C & D pour la période de janvier à mars étant trop élevée, nos concurrents se sont mis à consentir des réductions croissantes de prix (de toutes les façons possibles). De fait, notre intention de conserver notre part du marché en plus de faire face à la situation créée par Cartier a dû nuire aux autres avant la fin du mois de décembre 1965. La baisse constante des prix a eu un effet précis, cumulatif, sur nos ventes:

Janv.	34.34%)	
Fév.	32.88%)	
Mars	32.14%)	
Avril	31.13%)	Tendance générale à la
Mai	28.73%)	baisse
Juin	28.52%)	
Juil.	28.88%)	
Août	27.67%)	

What we failed to do was to start meeting cuts to stop the declining trend around July/August. We, in fact, did the opposite. We withdrew all cuts in order to restore price stability. This was reasonable attitude or position to take but in retrospect, we should have been the last to withdraw cuts, not the first, to flatten out the declining trend.

Ce que nous avons omis de faire, c'est de commencer à imiter cette baisse des prix pour mettre un frein à cette tendance aux environs de juillet et août. Nous avons effectivement fait le contraire. Nous avons cessé toute réduction afin de rétablir la stabilité des prix. C'était, à l'époque, une attitude raisonnable; mais il ressort, après coup, que nous aurions dû être les derniers et non les premiers à arrêter les réductions de prix en vue d'enrayer la tendance à la baisse.

Then, after a statement of possible courses of action, there is the following comment:

If prices are equal, i.e. no price cutting, C & D will obtain gradually more than its share of the market because we are in a better position from a product and service view point to satisfy customer needs. Competitive reaction will be price cutting and unless this price cutting is limited in nature (time and volume) C & D will begin to lose out. It is at this point that timing is critical. Any price cutting by C & D to restore its share can prompt additional price cutting by competitors if they have failed to realize that their share of the market has been restored.

Après un exposé des lignes de conduite possibles, on lit le commentaire suivant:

[TRADUCTION] S'il y a égalité de prix, c.à-d. s'il n'y a pas de réductions de prix, C & D obtiendra graduellement plus que sa part du marché car nous sommes mieux en mesure, du point de vue production et service, de répondre aux besoins de la clientèle. La réaction de nos concurrents se traduira par des réductions de prix et, à moins que ces réductions ne soient limitées (quant au temps et au volume), C & D sera perdante. Le choix de l'instant approprié est critique à ce stade. Toute réduction de prix de la part de C & D en vue de rétablir sa part du marché peut déclencher chez nos concurrents des réductions additionnelles s'ils ne se rendent pas compte que leur part du marché a été rétablie.

Ability to price cut. Because of the structure of the raw sugar market in recent months, a relatively high margin, profitable differentials on bulk/liquid, 5 and 10 lb. bags, all refiners are in a position to price cut without too much hesitation. Many price cuts have been directed towards those items. Large sophisticated buyers who keep a close watch on refining margin are aware that the real margin has increased substantially because refiners are not paying full forward premiums for future raw sugar deliveries. These buyers are demanding price cuts.

Possibilité d'accorder des réductions de prix. A cause de la structure du marché du sucre brut au cours des derniers mois qui se traduit par une marge et des bénéfices relativement importants sur le produit liquide ou en vrac, les sacs de 5 et 10 lbs, tous les raffineurs sont en mesure d'accorder des réductions de prix sans trop d'hésitation. Un bon nombre de réductions ont porté sur ces articles. Les acheteurs importants, avertis, qui surveillent étroitement la marge pour le raffinage savent que la marge réelle s'est considérablement accrue parce que les raffineurs ne paient pas la prime maximale pour les livraisons à terme de sucre brut. Et ces acheteurs exigent des réductions de prix.

On page 8 of a memo to members of the Management Committee also dated September 1966 and entitled: "The Next Five Years' Objectives and Strategy", the conclusion is:

On peut lire, en conclusion à la page 8 d'une note de service également datée de septembre 1966, adressée aux membres du comité de gestion et intitulée: [TRADUCTION] «Les objectifs et la stratégie des cinq prochaines années», ce qui suit:

From the foregoing policy an explicit strategy arises which impinges on all our sugar operations. This is that we will look for extra profit in the immediate future from improving the efficiency of our operations and from concentrating on the more profitable products rather than from taking more margin or increasing

[TRADUCTION] De la ligne de conduite ci-dessus exposée ressort une stratégie explicite qui doit influer sur toutes nos opérations concernant le sucre. Dans l'avenir immédiat, nous chercherons à accroître nos profits en améliorant la productivité de nos opérations et en nous concentrant sur les produits les plus profitables

volume above our historical market share. As our marketing operation gains in sophistication, we will from time to time review the appropriateness of this strategy.

plutôt qu'en augmentant la marge bénéficiaire ou le volume au-delà de notre part traditionnelle du marché. Au fur et à mesure de l'évolution de notre mise en marché, nous réexaminerons, de temps à autre, l'à-propos de cette stratégie.

Those statements substantiate the trial judge's finding of a "tacit agreement" to maintain "historical market shares". From that angle, the second passage quoted is specially important. When reaching the decision to start price cutting again so as to "restore" its market share, Redpath took it for granted that its competitors would not resort to additional price cutting so long as their own shares of the market would remain intact. It was also realized that time had to be allowed for the competitors to become aware of Redpath's course of action. Thus, the meaning of the "tacit agreement" becomes clear: Redpath felt sure that its competitors would not resort to "increased price cutting" if their "historical market shares" were restored. On the other hand it did realize from the results of this course of action that if it renounced any form of price competition, it would not maintain its own "historical market share". It therefore decided to make some price cutting again but to restrict this form of competition so as not to do more than restore its "historical market share", feeling confident that its competitors, provided the timing was careful, would realize what was being done and would also be satisfied to keep their "historical market share".

Ces extraits confirment le bien-fondé de la conclusion du juge de première instance à l'existence d'une «entente tacite» pour maintenir «les parts traditionnelles du marché». De ce point de vue, le deuxième extrait cité revêt une importance particulière. En décidant de recommencer à consentir des réductions de prix en vue de «rétablir» sa part du marché, la société Redpath a tenu pour acquis que ses concurrents n'auraient pas recours à des réductions de prix additionnelles tant que leur propre part du marché demeurerait intacte. Elle a vu aussi qu'il fallait laisser le temps aux concurrents de s'apercevoir du changement dans sa ligne de conduite. Le sens des termes «entente tacite» devient donc clair: la société Redpath était certaine que ses concurrents n'auraient pas recours à des «réductions additionnelles» si leur «part traditionnelle du marché» était rétablie. Par ailleurs, elle constatait à partir des résultats de cette ligne de conduite que si elle renonçait à toute forme de concurrence en matière de prix, elle ne conserverait pas sa propre «part traditionnelle du marché». Par conséquent, elle a décidé de recommencer à accorder des réductions de prix mais de limiter cette forme de concurrence de manière à ne pas faire plus que rétablir sa «part traditionnelle du marché» car elle était persuadée que ses concurrents, à la condition de prendre soin de leur en donner le temps, se rendraient compte de la ligne de conduite adoptée et seraient également satisfaits de maintenir leur «part traditionnelle du marché».

Counsel for St. Lawrence Sugar Ltd. has contended that such a "tacit agreement", being merely the conscious adoption of a uniform course of action without any communication, assent or promise, did not amount to a conspiracy. He pointed out that there was no illegality in the independent adoption of such a policy of limited competition. A conspiracy requires agreement. Is a finding of a "tacit agreement"sufficient?

L'avocat de Sucre St-Laurent Ltée a prétendu qu'une «entente tacite», qui n'est que l'adoption consciente d'une ligne de conduite uniforme sans aucune communication, consentement ou promesse, ne constitue pas un complot. Il a souligné qu'il n'y a rien d'illégal à décider indépendamment de restreindre la concurrence à laquelle on se livre. Un complot exige une entente. Une «entente tacite» suffit-elle?

It must be accepted that a conspiracy may be effected in any way and may be established by inference. In dealing with the refiners' uniform prices, the trial judge felt that they raised an inference of collusion. However he accepted (at p. 98) that this was a result of independent decisions called "conscious parallelism" which is not illegal. The evidence was clear, however, that not only were its competitors immediately aware of Redpath's list price the moment a new price was posted in its lobby, they also in time were able to discover Redpath's pricing formula by a process of deduction from available data. Yet the trial judge held, correctly I think, that this did not constitute a conspiracy to maintain uniform prices according to Redpath's formula but merely "conscious parallelism". Could this not be just as accurately called "parallelism by tacit agreement"?

Il faut admettre qu'un complot peut prendre diverses formes et peut être prouvé par déduction. Le juge de première instance a estimé que les prix uniformes des raffineurs permettaient de présumer l'existence d'une collusion. Il a néanmoins admis en définitive (à la p. 98) que c'était bien le résultat de décisions indépendantes appelées [TRADUCTION] «décisions consciemment parallèles» qui ne sont pas illégales. La preuve fait clairement ressortir toutefois que non seulement les concurrents de Redpath prenaient connaissance sur-le-champ de sa liste de prix dès qu'elle était affichée dans le hall de l'édifice, mais encore qu'ils parvenaient, à la longue, à découvrir son système de fixation de prix par déduction à partir de données disponibles. Le juge de première instance a pourtant conclu, justement à mon avis, que cela ne constituait pas un complot en vue de maintenir l'uniformité des prix conformément au système de Redpath mais simplement des «décisions consciemment parallèles». Ne pourrait-on pas dire tout aussi bien des [TRADUCTION] «décisions parallèles par entente tacite»?

The basis for an inference of "tacit agreement" was in a way stronger for the uniform list price than for the maintenance of market shares. There was a feature which could be considered as the making of an offer, that is the publication of a list price which meant that it was immediately made known to the competitors by the brokers. Hence, I find that the trial judge quite properly on that point put the burden on the defence to disprove the evidence of collusion.

Il était en un sens plus facile de présumer une «entente tacite» à partir des listes de prix uniformes qu'à partir du maintien du partage du marché. En effet, il y avait un élément qui pouvait être considéré comme la communication d'une offre: c'est la publication d'une liste de prix que les courtiers communiquaient sur-le-champ aux concurrents. Je trouve donc que, sur ce point, le juge de première instance a, à bon droit, fait reposer sur la défense le fardeau de réfuter la preuve de collusion.

The situation was different in respect of the adoption by Redpath of a maintenance of traditional market share sales policy. There is no evidence that this policy was in any way made known to its competitors. Furthermore, it was not like the list price a perfectly defined policy. The method by which it was to be in force, the selective price cuts to big buyers, was left to the judgment of those who were to implement that policy. There is no suggestion that the extent of the price cutting was to be made known to the competitors. On the contrary the evidence is that, when there was competitive bidding, the quotations submitted dif-

Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'adoption par Redpath de la ligne de conduite ayant pour objet de maintenir sa part traditionnelle du marché. Il n'y a aucune preuve que cette décision ait été d'aucune manière communiquée à ses concurrents. De plus à l'opposé de la liste de prix, il ne s'agissait pas d'une ligne de conduite parfaitement définie. La méthode de mise en œuvre, soit les réductions sélectives de prix accordées aux gros acheteurs, était laissée à l'appréciation de ceux qui en étaient chargés. On n'a pas prétendu que l'ampleur de ces réductions de prix devait être dévoilée aux concurrents. Au contraire, la preuve démontre

fered appreciably. On the other hand, just as the competitors would in time become aware of Redpath's pricing formula, they would inevitably become aware of its marketing policy and Redpath's president was conscious of this when adopting it.

When, as expected, the competitors did adopt a similar policy, did this mean that an agreement had been reached? In order to make an agreement by tacit acceptance of an offer there must not only be a course of conduct from which acceptance may be inferred, there must also be communication of this offer. In the case of the list price, this was apparent and did cast a burden on the defence. But there was no such communication of the marketing policy. In those circumstances, did the "tacit agreement" resulting from the expected adoption of a similar policy by the competitors amount to a conspiracy? I have great difficulty in agreeing that it did because the author of Redpath's marketing policy was conscious that its competitors would inevitably after some time become aware of it in a general way and also expected them to adopt a similar policy which would also become apparent.

It appears to me that the Crown's contention implies (and this is apparent from what the trial judge says at p. 101) that, in the situation of the sugar industry in Eastern Canada, each of the refiners was obliged to endeavour to increase its market share at the expense of the others, otherwise it was agreeing to lessen competition unduly. In my view, the trial judge was correct in rejecting this submission. None of the refiners was obliged to compete more strongly than it felt desirable in its own interest. Each refiner was entitled to decide not to seek to increase its market share as long as this was not done by collusion and, in my view, the trial judge was right in coming to the conclusion that what he called the "tacit agreement" to maintain market shares was not an agreement to lessen

que dans le cas d'enchères concurrentielles les cours présentés différaient sensiblement. Par ailleurs, de même que les concurrents découvraient à la longue le système de fixation des prix adopté par Redpath, de même ils se rendraient compte inévitablement de sa ligne de conduite sur le marché; le président de Redpath en était conscient lorsqu'il l'a adoptée.

Lorsque, comme il le prévoyait, les concurrents ont adopté une semblable ligne de conduite, peut-on dire qu'une entente a été conclue? Pour conclure à une entente par acceptation tacite d'une offre, il ne suffit pas d'adopter une ligne de conduite qui implique acceptation, il faut également qu'il y ait eu communication de cette offre. C'est ce que la preuve démontrait pour la liste de prix et c'est ce qui reportait le fardeau de la preuve sur la défense. Mais la ligne de conduite sur le marché n'a fait l'objet d'aucune communication semblable. Vu ces circonstances, l'«entente tacite» qui a découlé de l'adoption prévue d'une semblable ligne de conduite par les concurrents équivaut-elle à un complot? J'éprouve beaucoup de difficulté à dire qu'il en est ainsi simplement parce que l'auteur de cette ligne de conduite chez Redpath était conscient qu'à la longue ses concurrents s'en rendraient compte inévitablement de façon générale et s'attendait également à ce qu'ils adoptent une semblable ligne de conduite qui deviendrait à son tour manifeste.

A mon avis, la prétention du ministère public implique (et cela ressort de ce qu'en dit le juge de première instance à la p. 101) que, dans l'industrie du sucre dans l'Est canadien, chacun des raffineurs était tenu de s'efforcer d'accroître sa part du marché au détriment des autres, autrement il convenait de diminuer indûment la concurrence. A mon avis, le juge de première instance a eu raison de rejeter cette prétention. Aucun des raffineurs n'était tenu de faire concurrence plus fortement qu'il ne l'estimait souhaitable dans son propre intérêt. Chacun des raffineurs avait le droit de décider de ne pas chercher à augmenter sa part du marché en autant que cette décision n'était pas le résultat d'une collusion et, à mon avis, le juge de première instance a conclu à juste titre que ce qu'il

competition unduly.

As I have already indicated, I cannot agree with the submission that this "tacit agreement" to maintain market shares involved the elimination of competition. On the contrary, as we have just seen, the evidence is clear that it involved only a lessening of competition. When it discontinued the financially disastrous price cutting whereby it had increased its share of the market, Redpath realized that without any price cutting it was not only losing the excess but failing to maintain its former market share. The decision to strive for stability on the basis of maintaining "historical market share" was therefore not a decision to forego all price competition. On the contrary, it meant that some price concessions would be made to the big buyers but that this would be adjusted so as to maintain the "historical market share" as close as possible without any increase or diminution. That this involved a lessening of competition is apparent. However, it is equally clear that it did not involve a suppression of competition. The question is whether it meant that competition was intended to be "unduly" lessened.

Section 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act* reads:

32. (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person . . .

(*c*) to prevent, or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of an article, or in the price of insurance upon persons or property, or . . .

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

I see no need to review the authorities on the meaning of "unduly" in this enactment. Together

a appelé l'«entente tacite» en vue de maintenir les parts du marché ne constituait pas une entente pour diminuer indûment la concurrence.

Comme je l'ai déjà souligné, je ne suis pas d'accord avec la prétention que cette «entente tacite» pour maintenir les parts du marché impliquait l'élimination de la concurrence. Au contraire, comme nous venons de le voir, il ressort clairement de la preuve qu'elle n'entraînait qu'une diminution de la concurrence. Lorsqu'elle a mis fin aux désastreuses réductions de prix au moyen desquelles elle avait accru sa part du marché, la société Redpath s'est rendue compte qu'en supprimant toute réduction de prix, non seulement elle perdait l'excédent mais elle était incapable de maintenir la part du marché qu'elle détenait auparavant. La décision de rechercher la stabilité en maintenant sa «part traditionnelle du marché» n'était donc pas une décision de renoncer à toute concurrence de prix. Au contraire, cela signifiait que des concessions en matière de prix seraient faites au profit des gros acheteurs mais limitées à ce qu'il faudrait pour maintenir la «part traditionnelle du marché» aussi précisément que possible, sans augmentation ni diminution. Il est évident que cela impliquait une diminution de la concurrence. Il est tout aussi clair, toutefois, que cela n'impliquait pas la suppression de la concurrence. La question est de savoir si cela signifiait qu'on entendait par là diminuer «indûment» la concurrence.

L'alinéa 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* se lit comme suit:

32. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, toute personne qui complote, se coalise, se concerte ou s'entend avec une autre . . .

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 article, ou dans le prix d'assurance sur les personnes ou les biens; ou . . .

Je n'aurai pas à faire l'analyse de la jurisprudence sur le sens du mot «indûment» dans cette disposi-

with the leading case of *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*[4], they have recently been exhausively examined by Ritchie J. when writing the majority opinion in *Aetna Insurance Co. and others v. The Queen*[5]. At page 748 he quoted as an accurate assessment of the meaning of "unduly" the trial judge's conclusion of this point as follows:

> This review of the various statements on the meaning of "unduly" as it relates to the offence of lessening competition brings me to these conclusions. An agreement to prevent or lessen competition alone is not an offence. What is criminal is an agreement that is intended to lessen competition improperly, inordinately, excessively, oppressively or one intended to have the effect of virtually relieving the conspirators from the influence of free competition. There is no requirement for the Crown to prove the existence of a monopoly and it is a question of fact as to whether the agreement reaches the point of intending to lessen competition unduly and therefore becomes a criminal conspiracy.

I find it abundantly clear that, applying this test to the facts found by the trial judge, it is impossible to say that he erred in law when coming to the conclusion that the Crown had failed to prove an agreement to lessen competition unduly. I am unable to find in the reasons for judgment in the Court of Appeal any sound basis for concluding otherwise and, as I have already indicated, I am unable to find any valid reason for so concluding on the facts relied on by counsel for the Crown.

I must note, however, that it has correctly been pointed out that, in view of the decision of this Court in *R. v. Cooper*[6], Mackay J. was in error in his statement, when dealing with the law, (at p. 23) that "the law concerning circumstantial evidence must be applied and the rule in *Hodge*'s case followed". In fairness to the trial judge, I will note that his judgment is dated December 19, 1975 and

[4] [1957] S.C.R. 403.
[5] [1978] 1 S.C.R. 731.
[6] [1978] 1 S.C.R. 860.

tion. Y compris l'arrêt sur lequel on a tant insisté, *Howard Smith Paper Mills Ltd. et autres c. La Reine*[4], elle a récemment fait l'objet d'une étude complète par le juge Ritchie qui a rédigé l'opinion majoritaire dans l'affaire *Aetna Insurance Co. et autres c. La Reine*[5]. A la p. 748 du recueil, il cite la conclusion suivante du juge de première instance sur ce point et déclare qu'il la considère une appréciation exacte du sens du mot «indûment»:

> [TRADUCTION] Cette revue des différents exposés sur le sens du mot «indûment» relativement à l'infraction de diminution de la concurrence me conduit aux conclusions suivantes. Une entente pour prévenir ou diminuer la concurrence ne constitue pas à elle seule une infraction. Ce qui est criminel, c'est une entente destinée à diminuer la concurrence de façon illégitime, immodérée, excessive ou oppressive ou destinée à soustraire virtuellement les conspirateurs à l'influence de la libre concurrence. Le ministère public n'est aucunement obligé de prouver l'existence d'un monopole et c'est une question de fait que de savoir si l'entente atteint un point tel qu'elle est destinée à diminuer indûment la concurrence et devient ainsi une conspiration criminelle.

Si l'on applique ce critère aux faits constatés par le juge de première instance, il me paraît tout à fait impossible d'affirmer qu'il a erré en droit en concluant que le ministère public n'avait pas réussi à prouver une entente pour diminuer indûment la concurrence. Je ne puis trouver dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel aucun fondement solide qui m'amènerait à conclure dans un autre sens et, comme je l'ai déjà indiqué, je ne puis trouver aucun motif valable qui en étaye la conclusion à partir des faits invoqués par le substitut dans sa plaidoirie.

Je dois faire remarquer toutefois qu'il a souligné avec raison que, selon l'arrêt de cette Cour dans *R. c. Cooper*[6], le juge MacKay a commis une erreur en déclarant, dans son exposé du droit, (à la p. 23) que [TRADUCTION] «il faut appliquer les principes qui régissent la preuve indirecte et suivre la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*». En toute justice envers le juge de première instance, je note que son

[4] [1957] R.C.S. 403.
[5] [1978] 1 R.S.C. 731.
[6] [1978] 1 R.C.S. 860.

the decision of the Ontario Court of Appeal which quashed *Cooper*'s conviction by application of the rule in *Hodge*'s case and was later reversed in this Court, had been rendered March 24, 1975 (7 O.R. (2d) 429). This would not, of course, save the trial judge's conclusion if it was actually based on this view of the law which must now be held erroneous. I am however satisfied that the trial judge's conclusion on the point presently being considered was in no way reached by the application of that rule in this case. In considering whether he ought to make the inference of a "tacit agreement" to maintain market shares, he did not put the question whether this was the only possible conclusion consistent with the proven facts, he just said (at p. 102):

> Although each stressed that this was the result of an independent decision, one would be ingenuous not to be aware that there was and continues to be a tacit agreement to this effect.

I must also point out that while, as was stressed in *Aetna*, the offence lies in the agreement made with the intention to lessen competition unduly, not in the actual result of the agreement, no such distinction has to be made when, as here, the only evidence of the agreement is found in the course of conduct from which it is inferred. In the present case, the "tacit agreement" which the trial judge found was obviously to lessen competition as it was in fact lessened in the manner above described. Whether this was a criminal offence depends exclusively on whether competition was thus lessened "unduly". While the offence charged is truly criminal in nature and therefore requires *mens rea*, this does not mean that, assuming the "tacit agreement" was illegal, the accused, or rather their officials who are their directing minds, had to be conscious of its illegality. If it had been intended to lessen competition "unduly" it would have been no defence that the accused mistakenly thought that the intended lessening of competition would not be "undue". It is always for the Court to decide on the facts whether an agreement to lessen competition means that competition is to be lessened "unduly" and the views of the accused on that are

jugement est daté du 19 décembre 1975 et que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario d'annuler la déclaration de culpabilité contre *Cooper* par application de la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, décision qui a ultérieurement été infirmée par cette Cour, a été rendue le 24 mars 1975 (7 O.R. (2d) 429). Cela ne validerait évidemment pas la conclusion du premier juge si elle était réellement fondée sur cette conception du droit qu'il faut maintenant tenir pour erronée. Je suis toutefois convaincu que la conclusion du juge de première instance sur le point en question n'est aucunement le résultat de l'application de cette règle à l'espèce. En recherchant s'il devait conclure à l'existence d'une «entente tacite» à l'effet de maintenir le partage du marché, il ne s'est pas posé la question de savoir si cette conclusion était la seule conclusion compatible avec les faits prouvés, il a simplement dit (à la p. 102):

> [TRADUCTION] Bien que chacune d'elles ait affirmé qu'il s'agissait là d'une décision indépendante, il faudrait être naïf pour ne pas s'apercevoir qu'il existait et qu'il continue d'exister une entente tacite à cet effet.

Je dois également souligner que même si, comme on l'a noté dans l'arrêt *Aetna*, c'est l'entente conclue en vue de diminuer indûment la concurrence et non son résultat concret qui constitue l'infraction, cette distinction devient sans importance lorsque, comme en l'espèce, l'unique preuve de l'existence de l'entente se trouve dans la ligne de conduite d'où l'on conclut à son existence. En l'espèce, l'«entente tacite» à l'existence de laquelle a conclu le juge de première instance avait manifestement pour objet de diminuer la concurrence comme elle a de fait été diminuée de la manière ci-haut décrite. Cela ne constitue une infraction criminelle que si la concurrence a ainsi été diminuée «indûment». Bien que l'infraction alléguée soit véritablement criminelle et, par conséquent, exige la *mens rea*, cela ne signifie pas que, si l'on tient pour acquis que l'«entente tacite» était illégale, il était nécessaire que les accusées, ou plutôt leurs administrateurs qui en sont les têtes dirigeantes, se rendent compte de son illégalité. Si par l'entente on entendait vraiment diminuer la concurrence «indûment», le fait que les accusées auraient par erreur estimé que la diminution voulue de la concurrence ne serait pas «indue»

irrelevant.

I would allow the appeals, set aside the convictions entered by the Court of Appeal and restore the acquittals.

The following are the reasons delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—This appeal from a conviction entered by the Court of Appeal of Quebec after an acquittal by the Superior Court raises a number of issues of importance, the examination of which requires a consideration at the outset of the principal facts, and the law applied to those facts in each of the Courts below.

The three appellants were charged by a bill of indictment containing two counts, both relating to the period January 1, 1960 to May 31, 1973. In count 1 the charge is that the appellants conspired to enhance unreasonably the price of sugar in eastern Canada (that is to say, in the provinces of Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland); and in count 2 the appellants are charged with conspiracy to prevent or lessen unduly competition in the production, transportation, sale and supply of sugar in eastern Canada, contrary to s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23.

The evidence indicates that each of the appellants operated sugar refineries in which imported sugar was refined for marketing in the region extending from the Atlantic to the western boundary of Ontario. During World War II, the marketing of sugar was regulated by the Wartime Prices and Trade Board, a federal agency, and the appellants, then the only sugar refiners in business were allotted shares of the market in eastern Canada by that agency. When the controls ended in 1949 the appellants had the following shares of the market:

n'aurait pas constitué un moyen de défense. Il revient toujours à la cour de décider à partir des faits si une entente en vue de diminuer la concurrence signifie que la concurrence sera diminuée indûment et l'opinion d'un accusé sur ce point n'est pas pertinente.

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'infirmer les déclarations de culpabilité prononcées par le Cour d'appel et de rétablir les acquittements.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—Ce pourvoi à l'encontre d'une déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel du Québec, après un acquittement en Cour supérieure, soulève plusieurs questions importantes, dont l'examen requiert un exposé préliminaire des faits essentiels et du droit que chaque cour d'instance inférieure leur a appliqué.

Les trois appelantes ont été accusées par un acte d'accusation comprenant deux chefs, tous deux relatifs à la période du 1er janvier 1960 au 31 mai 1973. Selon le premier chef, les appelantes sont accusées d'avoir comploté pour élever indûment le prix du sucre dans l'Est du Canada (c'est-à-dire, en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, en l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve); selon le second chef, elles sont accusées d'avoir comploté pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence dans la production, le transport, la vente et la fourniture du sucre dans l'Est du pays, contrairement à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23.

La preuve révèle que chaque appelante exploitait des raffineries de sucre où du sucre importé était raffiné pour être commercialisé dans la région qui s'étend de l'Atlantique à la frontière occidentale de l'Ontario. Pendant la Seconde Guerre mondiale, la commercialisation du sucre était régie par la Commission de contrôle des prix en temps de guerre, un organisme fédéral, qui avait alloué aux appelantes, seuls raffineurs de sucre faisant affaires à l'époque, des parts du marché de l'Est du Canada. Lorsque les contrôles ont été levés en 1949, les appelantes détenaient les parts suivantes du marché:

Atlantic	35.6 per cent with refinery at St. John, N.B.
Redpath	42.7 per cent with refineries at Chatham, Ont. and Montreal
St. Lawrence	21.7 per cent with refinery at Montreal

This proportional participation in the market continued without interruption until 1958 when Redpath (formerly known as Canada and Dominion Sugar Company Limited) set about to increase its market share by reducing its prices, and its share of the eastern Canada market rose from 42.8 per cent in 1957 to 46.6 per cent in 1958. As a result of this price-cutting program the appellant Redpath suffered a severe financial drain and was taken over by Tate & Lyle Limited, "the world's largest integrated sugar company", as the trial judge described it.

At trial the appellants were found not guilty on both counts. The Court of Appeal of Quebec dismissed the appeal of the Crown with respect to count 1 but found all the appellants guilty on count 2 with which we are now solely concerned and which reads as follows:

> 2. THAT at Montreal, district of Montreal, Province of Quebec, and in divers places throughout Canada, between January 1st, 1960, and May 31st, 1973, both inclusive, ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LIMITED, REDPATH INDUSTRIES LIMITED (formerly known as Canada and Dominion Sugar Company Limited, ST. LAWRENCE SUGAR LIMITED, and S.L.S.R. HOLDINGS LIMITED (formerly known as St. Lawrence Sugar Refineries Limited), did unlawfully conspire, combine, agree or arrange together and with one another and with Czarnikow (Canada) Limited, Czarnikow-Rionda Company of New York City, State of New York, U.S.A., Czarnikow Limited of London, England, Hodgson (East India) Ltd., Mansugar Ltd., M. Golodetz & Co. of New York City, State of New York, U.S.A., Indian Sugar Mills Association of India and South African Sugar Association of South Africa, M. Golodetz of London, England, State Trading Corporation of India and other persons unknown or with some of them or with one of them, to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, transportation or supply of an article or commodity that may be the subject of trade or commerce, to wit: sugar, raw or refined, in divers places throughout the provinces of

Atlantic	35.6 pour cent raffinerie à St-Jean (N.-B.)
Redpath	42.7 pour cent raffineries à Montréal et à Chatham (Ontario)
St-Laurent	21.7 pour cent raffinerie à Montréal

Leurs parts respectives du marché se sont maintenues sans interruption jusqu'en 1958, lorsque Redpath (auparavant appelée Canada and Dominion Sugar Company Limited) a entrepris d'augmenter la sienne en abaissant ses prix; sa part du marché de l'Est du Canada est passée de 42.8 pour cent en 1957 à 46.6 pour cent en 1958. Ce programme de réduction des prix a sérieusement affaibli la situation financière de l'appelante Redpath, dont Tate & Lyle Limited, [TRADUCTION] «le géant mondial du sucre», comme l'a appelée le juge de première instance, a pris le contrôle.

Au procès, les appelantes ont été acquittées sur les deux chefs. La Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel interjeté par le ministère public à l'égard du premier chef mais a déclaré toutes les appelantes coupables sur le second chef, qui est maintenant le seul qui nous soit soumis; il se lit comme suit:

> [TRADUCTION] 2. QUE, à Montréal, district de Montréal, province de Québec, et à divers endroits à travers le Canada, entre le 1er janvier 1960 et le 31 mai 1973, ces deux dates incluses, ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LIMITED, LES INDUSTRIES REDPATH LIMITÉE (auparavant appelée Canada and Dominion Sugar Company Limited), SUCRE ST-LAURENT LIMITÉE, et S.L.S.R. HOLDINGS LIMITED (auparavant appelée St. Lawrence Sugar Refineries Limited), ont comploté, se sont coalisées, se sont concertées ou se sont entendues ensemble et les unes avec les autres et avec Czarnikow (Canada) Limited, Czarnikow-Rionda Company de New York, État de New York, É.-U., Czarnikow Limited de Londres, Angleterre, Hodgson (East India) Ltd., Mansugar Ltd., M. Golodetz & Co. de New York, État de New York, É.-U., Indian Sugar Mills Association of India and South African Sugar Association of South Africa, M. Golodetz de Londres, Angleterre, State Trading Corporation of India et avec d'autres personnes inconnues ou avec quelques-unes d'entre elles ou avec l'une d'elles, pour empêcher ou diminuer, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, le transport ou la fourniture d'un article ou d'une denrée qui peut faire l'objet d'échanges ou d'un commerce,

Ontario, Quebec, New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Newfoundland and did thereby commit an indictable offence contrary to Section 32(1)(*c*) of the Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, Chapter C-23.

The appeal by the Crown to the Court of Appeal was made pursuant to s. 605 (1)(*a*) of the *Criminal Code*. The appellants contend that the Court of Appeal had no jurisdiction to hear the appeal because no error of law had been committed by the learned trial judge. If that be so, then this Court is without jurisdiction as well and therefore the primary question to be answered is whether the Court of Appeal did indeed entertain an appeal in which the issue was properly classified as raising a question "of law alone" and not one of mixed fact and law.

The Court of Appeal concluded that the learned trial judge misdirected himself in the law and concluded that had the proper law been applied, the appellants ought to have been convicted on count 2. The appellate court interpreted the reasons at trial to mean that in the view of the trial judge, the law imposed a duty or burden on the Crown to prove not only an intent on the part of the appellants to enter into an agreement to maintain their respective shares of the sugar market but also that in doing so, they intended thereby to lessen competition unduly. The Court of Appeal was of the view that the Crown need only prove beyond a reasonable doubt an intent to agree to maintain market shares, and the trier of fact, upon finding such an agreement to have been reached by the accused, must thereupon determine as a question of fact whether as a consequence thereof competition was unduly lessened.

In my view the judgment at trial and the disposition of count 2 there made, raise on appeal to the Court of Appeal a question of law alone. Therefore the Court of Appeal had jurisdiction under s. 605(1)(*a*) to entertain the appeal and I will revert to this matter at the conclusion of these reasons.

It is convenient first to assemble and examine the law which the learned trial judge found to be applicable to the findings he has made; and thereafter to examine the conclusions he reached, lim-

savoir: du sucre, brut ou raffiné, à divers endroits en Ontario, au Québec, au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse, en l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve et ont par conséquent commis un acte criminel contrairement à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23.

Le ministère public a interjeté appel en vertu de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*. Les appelantes prétendent que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour entendre l'appel parce que le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit. Si c'est le cas, cette Cour n'a pas compétence non plus, et la première question à laquelle il faut répondre est donc celle de savoir si l'appel interjeté à la Cour d'appel portait bien sur une question «de droit seulement» et non sur une question mixte de fait et de droit.

La Cour d'appel a conclu que le juge de première instance n'avait pas appliqué les bons principes de droit et que, s'il l'avait fait, les appelantes auraient été trouvées coupables sur le second chef. Suivant l'interprétation que la Cour d'appel a donnée des motifs du juge de première instance, celui-ci était d'avis qu'en droit, le ministère public avait le devoir ou le fardeau d'établir non seulement l'intention des appelantes de conclure une entente pour maintenir leurs parts respectives du marché du sucre, mais aussi que, ce faisant, elles voulaient diminuer indûment la concurrence. La Cour d'appel s'est dit d'avis que le ministère public était seulement tenu d'établir au-delà de tout doute raisonnable l'intention de s'entendre pour maintenir les parts du marché, et que, si le juge du fond était d'avis que les accusées avaient conclu pareille entente, il devait décider comme une question de fait si la concurrence avait été en conséquence indûment diminuée.

A mon avis, le jugement de première instance, et la décision prise sur le second chef, soulèvent en appel une question de droit seulement. La Cour d'appel avait par conséquent compétence en vertu de l'al. 605(1)*a*) pour entendre l'appel; je reviendrai sur ce point à la fin des présents motifs.

Il est plus simple d'exposer et d'examiner en premier lieu les règles de droit que le juge de première instance a estimées applicables à ses constatations, puis d'examiner les conclusions qu'il

ited of course to count 2. All references to the judgment at trial will be to (1976), 26 C.P.R. (2d) 14.

With reference to the onus on the Crown in proving its case, Mackay J. stated at p. 23:

> I cannot agree with the Crown's statement (legal authorities, p. 51) that "The Crown is only required to prove that there was a conspiracy which, if carried out, would unreasonably enhance the price of the article ... It is submitted that it is not necessary to show that the accused intended to unreasonably enhance the price of sugar any more than that they intended to unduly lessen or prevent competition." Surely, the conspirators must have the intention of entering into an agreement and in fact do enter into an agreement which, if carried out, would have the result of unreasonably enhancing the price of an article. It need not be shown that if the agreement was put into effect, that prices were enhanced, but simply the agreement must have been intended to have that effect.

It will be observed that the second last sentence requires only the single intention of entering into an agreement that when carried out would result in unduly lessening competition (adapting it to the words of the second count). The last sentence, however, imports the double intent requirement, the first being the intent to enter the agreement, and the second being the intent to lessen competition unduly.

However at p. 27, the trial court described the onus upon the Crown as follows:

> The Crown is only required to prove that the accused intended to and did enter into an agreement which they intended to put into effect and if put into effect, would have resulted in the unreasonable enhancement of the price of the article. [*R. v. Eddy Match Co. Ltd. et al.* (1951), 13 C.R. 217 (affirmed at 18 C.R. 357).]

At p. 31, however, the Court returns to the question of onus upon the Crown:

> In brief, then the Crown, if it is to succeed in a prosecution under the *Combines Investigation Act*, must establish ...

a tirées, en se limitant bien sûr au second chef. Tous les renvois à la décision de première instance sont au recueil (1976), 26 C.P.R. (2d) 14.

En ce qui concerne le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public, le juge MacKay a dit (à la p. 23):

> [TRADUCTION] Je ne peux être d'accord avec l'énoncé du ministère public (fondements juridiques, à la p. 51) que: «Le ministère public n'a qu'à établir l'existence d'un complot qui, s'il était mis à exécution, élèverait déraisonnablement le prix de l'article ... Nous soutenons qu'il n'est pas plus nécessaire d'établir que les accusées voulaient élever le prix du sucre, que d'établir qu'elles voulaient diminuer ou d'empêcher indûment la concurrence.» Il est certain que les conspirateurs doivent avoir l'intention de conclure une entente, et, en fait, ils doivent en conclure une qui, si elle était mise à exécution, aurait pour résultat d'élever déraisonnablement le prix d'un article. Il n'est pas nécessaire de démontrer que, si l'entente était mise à exécution, les prix augmenteraient, mais il suffit de démontrer que l'entente visait nécessairement ce résultat.

On note que l'avant-dernière phrase n'exige que l'intention unique de conclure une entente dont la mise à exécution aurait pour résultat de diminuer indûment la concurrence (en l'adaptant aux termes du second chef). La dernière phrase, cependant, exige la double intention, la première, celle de conclure l'entente, la seconde, celle de diminuer indûment la concurrence.

A la p. 27, cependant, le juge du procès a défini le fardeau qui incombe au ministère public comme suit:

> [TRADUCTION] Le ministère public n'a qu'à établir que les accusées avaient l'intention de conclure une entente et en ont conclu une qu'elles avaient l'intention de mettre à exécution et qui, si elle l'était, aurait eu pour résultat une hausse déraisonnable du prix de l'article. [*R. v. Eddy Match Co. Ltd. et al.* (1951), 13 C.R. 217 (confirmé à 18 C.R. 357).]

A la p. 31, cependant, le juge revient à la question du fardeau qui incombe au ministère public:

> [TRADUCTION] En bref, le ministère public, pour réussir dans une poursuite intentée en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, doit donc établir ...

As to the second count:

(a) That the accused entered into an agreement at any time between January 1, 1960 and May 31, 1973, with one another and/or with others named in the indictment;

(b) that the object of the agreement was to lessen competition in the production and sale of raw or refined sugar in eastern Canada;

(c) that the intended lessening of competition was undue.

As to the rule in *Hodge's*[7] case, the trial judge, after setting out the rule, continues at p. 23:

Proof of intent, like proof of an agreement, is seldom susceptible of being made by direct evidence in combines cases and is generally established by inferences drawn from the evidence and having a cumulative effect. This being so, the law concerning circumstantial evidence must be applied and the rule in *Hodge's* case, *supra*, followed.

I will return to the application of the rule in *Hodge's* case later in this judgment.

Thereafter the Court proceeded to draw certain conclusions of law beginning with the meaning of the term 'unduly' as it appears in s. 32(1)(*c*) of the *Combines Investigation Act*, *supra*.

In the light of these cases, it has been suggested by Mr. Richard Gosse in an annotation "How Much May Competition be Lessened?", 36 C.R. 28 at p. 29, that "to obtain a conviction under s. 32(1)(*c*) it must be shown that the accused entered into an agreement to suppress competition in their particular sector of trade".

In the view of the foregoing I am of the opinion that, in the case at bar at least, Mr. Gosse's interpretation of "unduly" is the correct one to adopt. Where the accused at the beginning of the period controlled 99.8 p. 100 of the eastern Canadian market, an agreement to lessen competition would be tantamount to extinction, and so would be undue. The extinction of competition would in those circumstances require the combined action of all the accused to be effective, for if one decided to allot a portion of its market share to a newly arrived competitor, whatever the other two planned would be for nought. (at p. 30)

[7] (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Quant au second chef:

a) que les accusées ont conclu une entente entre le 1er janvier 1960 et le 31 mai 1973, ensemble et (ou) avec d'autres personnes désignées à l'acte d'accusation;

b) que l'objet de l'entente consiste à diminuer la concurrence dans la production et la vente de sucre brut ou raffiné dans l'Est du Canada;

c) que la diminution de concurrence visée est indue.

En ce qui concerne la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*[7], le juge du procès, après l'avoir énoncée, poursuit à la p. 23:

[TRADUCTION] La preuve de l'intention, comme celle d'une entente, peut rarement être établie par une preuve directe dans les affaires de coalition; elle est habituellement établie par des déductions tirées de la preuve et qui ont un effet cumulatif. Cela étant, il faut appliquer les principes qui régissent la preuve indirecte et suivre la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, précité.

Je reviendrai à l'application de cette règle plus loin dans les présents motifs.

La Cour a ensuite tiré certaines conclusions en droit, tout d'abord en ce qui concerne le sens du mot «indûment» à l'al. 32(1)*c*) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée.

[TRADUCTION] A la lumière de cette jurisprudence, M. Richard Gosse, dans une note intitulée «How Much May Competition be Lessened?», 36 C.R. 28 à la p. 29, a avancé que «pour obtenir une condamnation en vertu de l'al. 32(1)*c*), il est nécessaire de démontrer que les accusés ont conclu une entente pour supprimer la concurrence dans leur secteur particulier d'activités commerciales».

Vu ce qui précède, je suis d'avis qu'en l'espèce du moins, l'interprétation donnée par M. Gosse du mot «indûment» est celle qu'il faut retenir. Comme, au début de la période, les accusées contrôlaient 99.8% du marché de l'Est du Canada, une entente visant à diminuer la concurrence reviendrait à l'éliminer et serait par conséquent indue. Dans ces circonstances, l'élimination de la concurrence, pour être efficace, exigerait que toutes les accusées agissent en coalition car, si l'une d'entre elles décidait d'allouer une portion de sa part du marché à un nouveau concurrent, les plans des deux autres seraient inutiles. (à la p. 30)

[7] (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136.

Much later in his reasons the learned trial judge makes this finding with reference to an agreement between the accused:

On the evidence, I find that the maintenance of traditional market shares—which were adjusted but in the same proportion when Cartier came on stream—was the result of a tacit agreement between the accused. But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competition. The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a price war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts. Nor am I able to infer from the totality of the evidence on this point, including overt acts, that market shares were maintained for the purpose of stifling competition. On the contrary, Cartier was launched in 1964 and none of its initial difficulties were due to the maintenance of market shares. Westcane was launched successfully in 1969. Austin attempted to launch Austin Sugar Refineries Limited in the Cornwall area with Government support in 1971 (ex. D-11A and B). That this project was never realized was in no way due to the maintenance of market shares by the accused. (at p. 103)

It will be observed that the Court finds that there was a tacit agreement which resulted in the maintenance of fixed proportions of the eastern Canada sugar market between the accused but that such agreement was not reached for the purpose of stifling competition but rather to avoid a price war. It should be noted that the Westcane operation mentioned in the above excerpt commenced not in 1969 but in 1974 after the period of the charges herein.

Earlier the learned trial judge on this point stated:

Thereafter, each of the accused settled down to a policy of maintaining their traditional market shares. Although each stressed that this was the result of an independent decision, one would be ingenuous not to be aware that there was and continues to be a tacit agreement to this effect. (at p. 102)

Beaucoup plus loin dans ses motifs, le savant juge du procès vient à la conclusion suivante à l'égard d'une entente entre les accusées:

[TRADUCTION] Je conclus, en me fondant sur la preuve, que la décision de maintenir les parts traditionnelles du marché—qui ont été ajustées dans la même proportion lorsque Cartier a été mise en service—résulte d'une entente tacite entre les accusées. Mais, à mon avis, il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. Les accusées ont décidé de maintenir leurs parts traditionnelles du marché afin d'éviter une guerre des prix qui aurait eu lieu si l'une d'elles avait pris le seul moyen possible d'augmenter sa part, soit la baisse de prix par le biais de remises considérables. De même, il m'est impossible de conclure de l'ensemble de la preuve sur ce point, y compris la preuve d'actes manifestes, que les accusées ont maintenu leurs parts du marché afin d'étouffer la concurrence. Au contraire, l'entreprise Cartier a été lancée en 1964 et aucune des difficultés qu'elle a connues au début ne peut être attribuée au maintien des parts du marché. Westcane a été lancée avec succès en 1969. Austin a tenté de mettre en service, en 1971, Austin Sugar Refineries Limited dans la région de Cornwall avec l'aide de subventions gouvernementales (p. D-11 A et B). La non-concrétisation de ce projet ne peut en aucune façon être attribuée au maintien par les accusées des parts du marché. (à la p. 103)

On note que la Cour conclut à l'existence d'une entente tacite qui a eu pour effet de maintenir des parts fixes du marché du sucre dans l'Est du Canada entre les accusées, mais que cette entente n'a pas été conclue pour étouffer la concurrence mais plutôt pour éviter une guerre des prix. Il faut faire remarquer que l'entreprise Westcane mentionnée dans le passage précité n'a commencé à fonctionner qu'en 1974, non en 1969, soit après la période visée par les accusations portées en l'espèce.

Plus tôt, le juge du procès a dit sur ce point:

[TRADUCTION] Par la suite, chacune des accusées a décidé de s'en tenir à sa part traditionnelle du marché. Bien que chacune d'elles ait affirmé qu'il s'agissait là d'une décision indépendante, il faudrait être naïf pour ne pas s'apercevoir qu'il existait et qu'il continue d'exister une entente tacite à cet effet. (à la p. 102)

There is, it must be noted, an express finding "that there was no evidence of any communication between [the accused]". (at p. 96)

The Court was faced with two opposing explanations of the strange sight of the three accused sharing virtually all the eastern Canada sugar market in constant proportions for eleven years and thereafter sharing ninety per cent of the market in the same proportions for another fourteen years. (The ten per cent reduction in the total share of the three accused of the eastern Canada market went to Cartier Sugar Limited, incorporated in 1969, which is a vertically integrated facet of the Steinberg Limited food marketing enterprise which in turn accounted for about 50 per cent of Cartier's sales.) These contending theories were summarized as follows:

The theory of the Crown with regard to the accused's maintenance of their traditional market shares is that:

There existed a market sharing agreement which was maintained by the accused for many years despite changing circumstances and the fact that any one of the accused could readily have obtained a greater share of the market by, *inter alia*:

(a) giving greater discounts to customers,

(b) more vigorous advertising,

(c) better packaging,

(d) abolishing the basing point pricing and freight absorption system of marketing,

(e) using maximum plant capacity,

and the agreement had the effect of lessening competition.

The theory of the defence may be simply put. The only way to increase sales of an homogeneous product in an oligopoly is to reduce prices, the result of which is either a depletion of supplies and depressed earnings by the firm lowering its prices or a price war. Since the results in either case are disastrous, the only alternative is for each member of the oligopoly to seek to maintain its traditional market share. (at p. 101)

The judgment concludes with the acceptance by the Court of the "good motive" explanation advanced by the accused and embodied in the quotation from p. 103 of the trial judgment, *supra*. I reproduce the key sentence for convenience:

On notera qu'il y est expressément constaté qu'[TRADUCTION] «il n'y a aucune preuve de communications entre [les accusées]». (à la p. 96)

On a soumis à la Cour deux explications opposées du curieux spectacle offert par les trois accusées qui se sont partagé virtuellement tout le marché du sucre dans l'Est du Canada en proportions constantes pendant onze ans, puis quatre-vingt-dix pour cent du marché dans les mêmes proportions pendant quatorze autres années. (La diminution de 10 pour cent de la part totale des trois accusées est due à l'arrivée sur le marché de Sucre Cartier Limitée, constituée en compagnie en 1969, qui fait partie de la concentration verticale de l'entreprise de commercialisation de produits alimentaires Steinberg Limitée, qui, elle-même, compte pour environ 50 pour cent des ventes de Cartier.) On a résumé ces thèses opposées ainsi:

[TRADUCTION] La thèse du ministère public quant au maintien par les accusées de leurs parts traditionnelles du marché est la suivante:

Il existait une entente de partage du marché que les accusées ont maintenue pendant plusieurs années malgré des circonstances changeantes, et même si n'importe laquelle d'entre elles aurait facilement pu en obtenir une part plus importante au moyen, notamment:

a) de remises plus importantes aux clients;

b) d'une publicité plus agressive;

c) d'une présentation plus attrayante;

d) de l'abolition du système d'établissement des prix par points de base et d'absorption du fret;

e) de l'utilisation maximale de la capacité des usines,

et l'entente a eu pour effet de diminuer la concurrence.

Voici en quelques mots la thèse de la défense. La seule façon d'augmenter les ventes d'un produit homogène dans un oligopole est d'abaisser les prix, ce qui a pour résultat soit d'épuiser les stocks et de diminuer les revenus de l'entreprise qui abaisse ses prix, soit une guerre des prix. Comme ces deux résultats sont désastreux, la seule autre solution est que chaque membre de l'oligopole cherche à maintenir sa part traditionnelle du marché. (à la p. 101)

Le jugement conclut à l'acceptation par la Cour de l'explication du «motif louable» avancée par les accusées que l'on trouve dans la citation tirée de la p. 103 du jugement de première instance, précitée. Pour plus de commodité, je reproduis la phrase-clé:

The reason for maintaining traditional market shares was to avoid a parice war which would have resulted had the accused taken the only method of increasing them by price cutting through extensive discounts.

In the Court of Appeal Mr. Justice Mayrand, with whom Owen J.A. concurred, found that the trial judge erred in law in determining that the Crown was required to prove that the defendant intended to prevent or lessen competition unduly; and that in view of his finding of fact the learned trial judge would have convicted the accused on the second count but for the foregoing error in law. After reciting the elements of the second count (quoted, *supra*, from 26 C.P.R. at p. 31 and p. 103, *supra*) Mayrand J.A. concludes:

In our case, the Judge formulates an erroneous rule of law not by inadvertence but when he wishes to be more precise and when he declares in distinct paragraphs the three elements of proof which are incumbent upon the Crown. We are, therefore, faced not with a wrong formulation, but rather with a false conception of the rule of law. As a result, the appellant is right in saying that on this point there has been an error of law.

(41 C.P.R.(2d) 5 at p. 16 from which all excerpts hereafter made from the Court of Appeal judgments will be taken.*)

* The judgments of Bélanger and Mayrand JJ.A. were delivered in French and it should be noted that the English translation which appears in the C.P.R. is unofficial and must be approached with caution. There are at least 2 blatant errors, one at p. 10 where the last sentence of Bélanger J.A.'s opinion is translated as:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case in point, relative to the second count of the indictment, but not with respect to the first count it does not have the consequence that my colleague has mentioned.

when in the original French version it reads:

[S]i ladite conclusion est basée sur cette erreur de droit, ce qui est le cas dans l'espèce, relativement au second chef d'accusation, non pas quant au premier chef sur lequel elle n'a pas de portée tel que l'a mentionné mon collègue.

A better translation would be:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case here, it is relative to the second count of the indictment but has no bearing on the first count, as my colleague has mentioned.

The difference is crucial, as the C.P.R. version indicates that Bélanger J.A. is dissenting on this point, when he is actually supporting Mayrand J.A.

[TRADUCTION] Les accusées ont décidé de maintenir leurs parts traditionnelles du marché afin d'éviter une guerre des prix qui aurait eu lieu si l'une d'elles avait pris le seul moyen possible d'augmenter sa part, soit la baisse de prix par le biais de remises considérables.

En Cour d'appel, le juge Mayrand, à l'opinion duquel le juge Owen a souscrit, a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en décidant que le ministère public devait établir que les défenderesses voulaient empêcher ou diminuer indûment la concurrence; et que, vu ses constatations sur les faits, le juge de première instance aurait déclaré les accusées coupables sur le second chef, n'eût été cette erreur de droit. Après avoir énoncé les éléments du second chef (cité ci-dessus et tiré du recueil 26 C.P.R. aux pp. 31 et 103, précité) le juge Mayrand conclut:

Dans notre cas, le juge formule une règle de droit erronée non pas par inadvertance mais au moment où il veut être plus précis et où il énonce en paragraphes distincts les trois éléments de la preuve qui incombent à la Couronne. Nous sommes donc en présence non pas d'une mauvaise formulation, mais plutôt d'une fausse conception de la règle de droit. Par conséquent, l'appelant a raison de dire que sur ce point il y a eu erreur de droit.

([1978] C.A. 25 à la p. 30 et p. 16, 41 C.P.R. (2d) 5 à la p. 16 d'où seront tirés tous les extraits de la traduction anglaise des motifs de la Cour d'appel*.)

* Les juges Bélanger et Mayrand ont rendu leurs décisions en français et il convient de souligner que la traduction anglaise publiée dans le C.P.R. n'est pas officielle et doit être abordée avec prudence. Il y a au moins deux erreurs flagrantes, l'une à la p. 10 où la dernière phrase de l'opinion du juge Bélanger est traduite comme suit:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case in point, relative to the second count of the indictment, but not with respect to the first count it does not have the consequence that my colleague has mentioned.

alors que la version française originale se lit:

si ladite conclusion est basée sur cette erreur de droit, ce qui est le cas dans l'espèce, relativement au second chef d'accusation, non pas quant au premier chef sur lequel elle n'a pas de portée tel que l'a mentionné mon collègue.

En voici une traduction plus appropriée:

If the said conclusion is based upon this error in law, which is the case here, it is relative to the second count of the indictment but has no bearing on the first count, as my colleague has mentioned.

La différence est cruciale puisque la version du C.P.R. indique que le juge Bélanger est en désaccord sur ce point avec le juge Mayrand alors qu'en fait il l'appuie.

As to the facts required to be proven by the Crown, Mayrand J.A. states:

> Three essential facts must be proven by the Crown:
>
> (a) an agreement in which the respondents have participated:
>
> (b) the object of this agreement was the lessening of competition;
>
> (c) the carrying out of this agreement had to result in an undue lessening of competition.

I consider that these three essential facts have been established if one abides by the conclusions that the Judge drew from the evidence. (at p. 16)

Bélanger J.A. concurred in the result and emphasized that the error in the court below lay in requiring the Crown to prove "that the lessening of competition was intended to be undue". (at p. 8)

I have come to the conclusion, with all respect to those who hold a contrary view, that the learned trial judge erroneously determined that the Crown had a greater burden of proof than that imposed by the law and that given the findings of fact the learned trial judge has made, he would have convicted all the accused on the second count had he correctly directed himself on the law.

This section of the *Combines Investigation Act* has been before the Court recently in *Aetna Insurance Company et al. v. The Queen*[8], where Ritchie J., speaking for the majority, described the onus upon the Crown under s. 32 in these terms:

En ce qui concerne les faits que le ministère public doit établir, le juge Mayrand dit:

> Trois faits essentiels devaient être prouvés par la Couronne:
>
> a) une entente à laquelle les intimées ont participé;
>
> b) l'objet de cette entente était la diminution de la concurrence;
>
> c) la mise à exécution de cette entente devait aboutir à une diminution indue de la concurrence.

J'estime que ces trois faits essentiels ont été établis si l'on s'en tient aux conclusions que le juge a tirées de la preuve. (à la p. 30)

Le juge Bélanger, d'accord quant à l'issue du procès, a souligné que l'erreur commise par le tribunal de première instance était d'exiger que le ministère public établisse [TRADUCTION] «que la diminution de la concurrence visée soit indue». (à la p. 42)

J'en suis venu à la conclusion, avec égards pour ceux qui sont d'opinion contraire, que le savant juge du procès a décidé à tort qu'un fardeau de preuve plus lourd que celui imposé en droit incombait au ministère public et que, vu ses constatations de faits, il aurait déclaré toutes les accusées coupables sur le second chef s'il avait appliqué les bons principes de droit.

Cette Cour s'est récemment penchée sur cet article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans l'arrêt *Aetna Insurance Company et autres c. La Reine*[8], où le juge Ritchie, qui a exprimé l'opinion majoritaire, a défini en ces termes le fardeau qui incombe au ministère public en vertu de l'art. 32:

Another clear error can be found on p. 17, where Mayrand J.A.'s statement that

> Westcane Sugar Ltd. d'Oshawa en Ontario . . . ne produisait pas encore en mai 1973

has been rendered

> Westcane Sugar Ltd. of Oshawa, Ontario . . . was *no longer* producing in May, 1973. (Emphasis added)

"No longer" should of course read "not yet".

The translation at 41 C.C.C. (2d) 209 appears to be identical to the C.P.R. version. [Editorial note—The original French version is reported at C.A. [1978] 25.]

[8] [1978] 1 S.C.R. 731.

On trouve une autre erreur à la p. 17 où le juge Mayrand dit que:

> Westcane Sugar Ltd. d'Oshawa en Ontario . . . ne produisait pas encore en mai 1973

ce qui est rendu par

> Westcane Sugar Ltd. of Oshawa, Ontario . . . was *no longer* producing in May 1973. (Emphasis added)

Bien sûr, «no longer» devrait se lire «not yet».

La traduction publiée à 41 C.C.C. (2d) 209 est identique à la version du C.P.R. [Note de la rédaction: La version française originale est publiée à [1978] C.A. 25.]

[8] [1978] 1 R.S.C. 731.

The burden lying upon the Crown in this case is to establish beyond a reasonable doubt first, that the respondents intended to enter into a conspiracy, combination, agreement or arrangement and, secondly, that that conspiracy, combination, agreement or arrangement *if* it were carried into effect would prevent or lessen competition unduly. These are questions of fact and the only question of law to which this appeal can be said to give rise is the meaning of unduly in the context of s. 32(1)(*c*). (at p. 748)

To the same effect, Kerwin J., as he then was, in *Container Materials, Ltd. et al. v. The King*[9], at p. 158, stated:

It was argued that it was not sufficient for the Crown to show an agreement or arrangement, the effect of which would be unduly to prevent or lessen competition, but that the agreement or arrangement must have been intended by the accused to have that effect. This is not the meaning of the enactment upon which the count was based. *Mens rea* is undoubtedly necessary, but that requirement was met in these prosecutions when it was shown that the appellants intended to enter, and did enter, into the very arrangement found to exist.

Houlden J.A. accepted this to be the law in *R. v. Anthes Business Forms Limited et al.*[10], when he said at p. 373:

If the Court could find on the evidence that the purpose or intention of the parties was to prevent or lessen competition unduly, undoubtedly this would be sufficient for a conviction. But the Crown was not required to prove such a purpose or intention. On the basis of the Container Materials judgment, it was only necessary for the Crown to prove that the effect of the agreement, if it was put into operation, would be to prevent or lessen competition unduly.

McRuer C.J.H.C. said the question had been "set at rest" by the *Container Materials* judgment in *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*[11], at p. 263.

The purpose behind the *Combines Investigation Act* was discussed by Duff C.J. in *Container Materials, Ltd., supra*, where he said at p. 152:

[9] [1942] S.C.R. 147.
[10] (1976), 26 C.C.C. (2d) 349.
[11] (1955), 111 C.C.C. 241.

Le ministère public a le fardeau d'établir, en l'espèce, au-delà de tout doute raisonnable, d'abord que les intimées ont voulu conspirer, se coaliser, se concerter ou s'entendre et ensuite que cette conspiration, coalition, concertation ou entente, *si* elle était mise à exécution, préviendrait ou diminuerait indûment la concurrence. Ce sont là des questions de fait et la seule question de droit que puisse soulever le présent pourvoi est la signification du mot indûment dans le contexte de l'al. 32(1)*c*). (à la p. 748)

Dans le même sens, le juge Kerwin, alors juge puîné, a dit, dans l'arrêt *Container Materials, Ltd. et al. c. Le Roi*[9], à la p. 158:

[TRADUCTION] On a soutenu qu'il ne suffisait pas au ministère public d'établir l'existence d'une entente ou d'un arrangement qui aurait pour effet d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence, mais aussi que les accusés devaient vouloir que l'entente ou l'arrangement ait cet effet. Ce n'est pas le sens de la disposition sur laquelle est fondée l'accusation. La *mens rea* est sans aucun doute nécessaire, mais les poursuites satisfaisaient en l'espèce à cette exigence dès lors qu'il était démontré que les appelants avaient eu l'intention de conclure, et avaient effectivement conclu, l'entente même dont l'existence avait été prouvée.

Le juge Houlden de la Cour d'appel a accepté cet énoncé du droit dans l'arrêt *R. v. Anthes Business Forms Limited et al.*[10], où il a dit à la p. 373:

[TRADUCTION] Si la Cour pouvait conclure de la preuve que le but ou l'intention des parties était d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence, cela suffirait sans aucun doute à fonder une déclaration de culpabilité. Mais le ministère public n'avait pas à établir ce but ou cette intention. Sur la base de l'arrêt Container Materials, il suffisait que le ministère public établisse que l'effet de l'entente, si elle était mise à exécution, serait d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence.

Le juge McRuer, juge en chef de la Haute Cour, a déclaré, dans l'arrêt *R. v. Northern Electric Co. Ltd. et al.*[11], à la p. 263, que l'arrêt *Container Materials* avait [TRADUCTION] «réglé» la question.

Le juge en chef Duff a analysé le but de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* dans l'arrêt *Container Materials, Ltd.*, précité, où il a dit à la p. 152:

[9] [1942] R.C.S. 147.
[10] (1976), 26 C.C.C. (2d) 349.
[11] (1955), 111 C.C.C. 241.

The enactment before us, I have no doubt, was passed for the protection of the specific public interest in free competition. That, in effect, I think, is the view expressed in *Weidman v. Shragge* (1912), 2 D.L.R. 734, 46 S.C.R. 1, in the judgments of the learned Chief Justice, of Mr. Justice Idington and Mr. Justice Anglin, as well as by myself. This protection is afforded by stamping with illegality agreements which, when carried into effect, prevent or lessen competition unduly and making such agreements punishable offences; and, as the enactment is aimed at protecting the public interest in frec competition, it is from that point of view that the question must be considered whether or not the prevention or lessening agreed upon will be undue . . . .

Cartwright J., in *Howard Smith Paper Mills, Ltd. et al. v. The Queen*[12], carried the discussion on to the interpretation of 'undue' as it applies to the consequences of the agreement amongst the conspirators:

In essence the decisions referred to appear to me to hold that an agreement to prevent or lessen competition in commercial activities of the sort described in the section becomes criminal when the prevention or lessening agreed upon reaches the point at which the participants in the agreement become free to carry on those activities virtually unaffected by the influence of competition, which influence Parliament is taken to regard as an indispensable protection of the public interest; that it is the arrogation to the members of the combination of the power to carry on their activities without competition which is rendered unlawful; that the question whether the power so obtained is in fact misused is treated as irrelevant; and that the Court, except I suppose on the question of sentence, is neither required nor permitted to inquire whether in the particular case the intended and actual results of the agreement have in fact benefited or harmed the public.

In other words, once it is established that there is an agreement to carry the prevention or lessening of competiton to the point mentioned, injury to the public interest is conclusively presumed, and the parties to the agreement are liable to be convicted of the offence described in s. 498(1)(*d*) [now s. 32(1)(*c*)]. The relevant question thus becomes the extent to which the prevention and limitation of competition are agreed to be carried and not the economic effect of the carrying out of the agreement. In each case which arises under the section the question whether the point described has been reached becomes one of fact. (at pp. 426-7)

[12] [1957] S.C.R. 403.

[TRADUCTION] Le texte de loi qui nous est soumis a été, sans l'ombre d'un doute, édicté pour protéger l'intérêt public précis vis-à-vis de la libre concurrence. C'est là, à mon avis, l'opinion que le savant Juge en chef, les juges Idington et Anglin, et moi-même avons exprimée dans l'arrêt *Weidman c. Shragge* (1912), 2 D.L.R. 734, 46 R.C.S. 1. Cette protection a été accordée en frappant d'illégalité des ententes qui, si elles sont mises à exécution, empêchent ou diminuent indûment la concurrence, et en en faisant des infractions; et, comme ce texte de loi a pour objet la protection de l'intérêt public vis-à-vis de la libre concurrence, c'est sous cet angle qu'il faut examiner la question de savoir si l'exclusion ou diminution convenue est indue . . .

Dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills, Ltd. et al. c. La Reine*[12], le juge Cartwright a poursuivi le débat sur le sens du mot «indûment», employé relativement aux conséquences de l'entente entre les conspirateurs:

[TRADUCTION] La jurisprudence mentionnée me paraît essentiellement porter qu'une entente visant à empêcher ou diminuer la concurrence dans les activités commerciales du type visé par cet article devient criminelle lorsque l'exclusion ou diminution convenue atteint le point où les parties à l'entente deviennent libres de faire affaires à l'abri de presque tous les effets de la concurrence, effets que le Parlement a considérés comme une protection indispensable de l'intérêt public; que c'est l'usurpation, par les membres de la coalition, du pouvoir de faire affaires sans concurrence qui est déclarée illégale; que la question de savoir si le pouvoir ainsi obtenu est, dans les faits, utilisé à mauvais escient n'est pas pertinente; et que la Cour, sauf je suppose en ce qui concerne la peine, n'est pas requise de rechercher si dans chaque cas les effets visés par l'entente et ceux obtenus ont, en réalité, profité ou nui au public, ni autorisée à le faire.

En d'autres termes, une fois établie l'existence d'une entente pour porter à ce point l'exclusion ou diminution de la concurrence, on présume de façon concluante qu'il y a eu atteinte à l'intérêt public, et les parties à l'entente peuvent être déclarées coupables en vertu de l'al. 498(1)*d*) [maintenant l'al. 32(1)*c*)]. La question pertinente devient ainsi celle de savoir dans quelle mesure l'on convient de mettre à exécution l'exclusion et la limitation de la concurrence et non quel est l'effet économique de la mise à exécution de l'entente. Dans chaque poursuite intentée conformément à cette disposition, la question de savoir si l'on a atteint ce point en devient une de fait. (aux pp. 426 et 427)

[12] [1957] R.C.S. 403.

I turn back to the conclusions of law and findings of fact at trial. The learned trial judge in enumerating the three elements of proof required of the Crown, *supra*, stated the third element in language which is at least ambiguous and which I repeat for convenience:

> (c) that the intended lessening of competition was undue.

Later in his reasons the statement is amplified:

> But in my opinion, it has not been shown that this agreement was arrived at with the intention of unduly preventing or lessening competition. (at p. 103)

In my respectful view, the combination of these two statements reveals an error in law and opens up the avenue of appeal to the Court of Appeal by way of s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

It becomes clear that the trial judge, having found a tacit agreement affecting competition in a way which "would be undue," did not take the next step in the logical sequence and convict the accused on count 2 because the Crown had, in the learned justice's view, not demonstrated the requirement added by the trial judge in his summary of the law that the accused must be shown to have intended to lessen competition unduly when they entered into the agreement. The appellants contended that, notwithstanding this sequence of statements and findings by the trial court, they could not be convicted under s. 32(1)(*c*) on the basis of a 'tacit agreement'. It was said, in reliance partly on the Ontario Court of Appeal in *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*[13], that to constitute an agreement within the meaning of s. 32(1)(*c*) there must be some communication between the parties as a result of which an expectation is aroused in each that he will act in a certain way. Furthermore, the four verbs in subs. (1) of s. 32 in any case amount to "the act of agreeing".

Consipracy at common law was classically defined by Willes J. in *Mulcahy v. The Queen*[14], at p. 317:

[13] (1976), 13 O.R. 2(d) 32.
[14] (1868), L.R. 3 H.L. 306.

Je reviens aux conclusions de droit et de fait du juge du procès. Celui-ci, en énonçant les trois éléments de preuve exigés du ministère public, précités, a formulé le troisième élément en des termes pour le moins ambigus que je répète ici pour plus de commodité:

> [TRADUCTION] c) que la diminution de la concurrence visée était indue.

Plus loin dans ses motifs, il précise cet énoncé:

> [TRADUCTION] Mais, à mon avis, il n'a pas été prouvé que l'on en est venu à cette entente en vue d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence. (à la p. 103)

Avec égards, il ressort de la juxtaposition de ces deux énoncés une erreur de droit qui permet d'interjeter appel à la Cour d'appel conformément à l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel*.

Il devient clair qu'après avoir conclu à l'existence d'une entente tacite qui touche la concurrence d'une façon qui «soit indue», le juge du procès n'est pas passé à l'étape logique suivante qui aurait été de déclarer les accusées coupables sur le second chef, parce qu'à son avis, le ministère public n'avait pas établi l'élément qu'il a ajouté dans son résumé du droit, savoir que les accusées devaient avoir eu l'intention de diminuer indûment la concurrence lorsqu'elles ont conclu l'entente. Les appelantes ont soutenu que, nonobstant la suite de ces énoncés et conclusions du juge de première instance, elles ne pouvaient être déclarées coupables en vertu de l'al. 32(1)*c*) sur le fondement d'une «entente tacite». On a dit, s'appuyant en partie sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*[13], que, pour qu'il y ait entente au sens de l'al. 32(1)*c*), il doit y avoir eu, entre les parties, certaines communications à la suite desquelles chacune doit s'attendre à ce que les autres agissent d'une certaine façon. De plus, les quatre verbes du par. 32(1) reviennent de toute façon à «l'acte de s'entendre».

Le juge Willes, dans *Mulcahy v. The Queen*[14], à la p. 317, a formulé la définition classique du complot en *common law*:

[13] (1976), 13 O.R. 2(d) 32.
[14] (1868), L.R. 3 H.L. 306.

A conspiracy consists not merely in the intention of two or more, but in the agreement of two or more to do an unlawful act, or to do a lawful act by unlawful means. So long as such a decision rests in intention only, it is not indictable. When two agree to carry it into effect, the very plot is an act in itself, and the act of each of the parties, promise against promise, actus contra actum, capable of being enforced if lawful, punishable if for a criminal object or for the use of criminal means.

This statement of the law was adopted in this Court in *R. v. O'Brien*[15], at p. 674.

We are not, of course, here confined to authorities such as *Mulcahy* which were not concerned with the precise wording employed by Parliament in this section of the *Combines Investigation Act*, *supra*. As was said by Laidlaw J.A. in *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*[16], at pp. 276-7:

The scope of the section is not confined to conspiracy. It extends to and includes the wrong committed by a person who "combines", "agrees" or "arranges" with another person. Two or more persons may wrongfully combine by joining together their acts and activities to accomplish a result or by co-operating one with the other for the desired end. Each of them may take steps to put matters in such order as will lead to a common objective and thus arrange it. Without attempting to define the scope of the class of persons falling within the section it would appear to me sufficient to say that it is not limited to persons who agree one with the other but it includes also persons who combine or arrange to do what is prohibited by the section.

See also *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, *supra*, *per* Houlden J.A. at pp. 41-2; *R. v. Cominco Ltd.—Cominco Ltée et al.*[17]

The argument of the appellant that a tacit agreement cannot support a conviction under s. 32(1)(*c*) carries by implication the notion that s. 32 somehow imports the doctrines of the law of contracts into the criminal law. "Agreement" with

[15] [1954] S.C.R. 666.
[16] [1961] O.R. 265.
[17] [1980] 2 W.W.R. 693.

[TRADUCTION] Un complot ne réside pas seulement dans l'intention de deux ou plusieurs personnes, mais dans l'entente entre deux ou plusieurs personnes de commettre un acte illégal, ou d'accomplir un acte légal par des moyens illégaux. Tant que cette décision reste au stade de l'intention, elle ne peut faire l'objet de poursuites. Lorsque deux personnes conviennent de la mettre à exécution, le complot lui-même devient un acte distinct, et l'acte de chaque partie, promesse contre promesse, *actus contra actum*, dont on peut obtenir l'exécution forcée s'il est légal, devient punissable s'il vise un but criminel ou emploie des moyens criminels.

Cette Cour a fait sien cet énoncé du droit dans l'arrêt *R. c. O'Brien*[15], à la p. 674.

Nous ne sommes évidemment pas limités en l'espèce à des arrêts comme *Mulcahy*, qui ne portent pas sur le texte précis employé par le Parlement dans cet article de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, précitée. Comme l'a dit le juge Laidlaw de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Electrical Contractors Association of Ontario and Dent*[16], aux pp. 276 et 277:

[TRADUCTION] La portée de cette disposition n'est pas limitée au complot. Elle s'étend à l'infraction commise par une personne qui «se coalise», «se concerte» ou «s'entend» avec une autre personne. Deux ou plusieurs personnes peuvent se coaliser illégalement en combinant ensemble leurs actions et activités pour obtenir un résultat ou en coopérant ensemble pour atteindre le but souhaité. Chacune d'elles peut prendre des mesures qui favorisent la réalisation de l'objectif commun et, donc, s'entendre pour le réaliser. Sans tenter de définir l'étendue de la catégorie de personnes visée par la disposition, il me paraît suffisant de dire qu'elle n'est pas limitée aux personnes qui se concertent mais qu'elle inclut également celles qui se coalisent ou s'entendent pour faire ce que la disposition interdit.

Voir aussi *R. v. Armco Canada Ltd. et al.*, précité, le juge Houlden, aux pp. 41 et 42; *R. v. Cominco Ltd.—Cominco Ltée et al.*[17]

L'argument des appelantes qu'une entente tacite ne peut justifier une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 32(1)*c*) implique que l'art. 32 introduit de quelque façon les principes du droit des obligations en droit criminel. Employé seul, le

[15] [1954] R.C.S. 666.
[16] [1961] O.R. 265.
[17] [1980] 2 W.W.R. 693.

nothing more perhaps would connote parties competent at law, the presence of an *animus contrahendi*, consideration flowing between the parties, and the rules of contract law as to form and perhaps even proof. Here, however, we have a section that refers to "conspires, combines or agrees or arranges". Each word adds meaning to the sentence. The agreement clearly need not be enforecable for axiomatically it is not. The parties to the transaction must be deemed to know that it is unenforceable as being illegal. They have by their conduct indeed foresaken the ordinary recourse to the civil law. The agreement may be proven, in the sense of being made capable of discernment by the finder of fact from all the surrounding facts and circumstances, including the conduct of the parties. Rinfret J., as he then was, in *Paradis v. The King*[18], said at p. 168 that:

> [c]onspiracy, like all other crimes, may be established by inference from the conduct of the parties. No doubt the agreement between them is the gist of the offence, but only in very rare cases will it be possible to prove it by direct evidence. Ordinarily the evidence must proceed by steps. The actual agreement must be gathered from "several isolated doings", (Kenny—"Outlines of Criminal Law", p. 294) having possibly little or no value taken by themselves, but the bearing of which one upon the other must be interpreted; and their cumulative effect, properly estimated in the light of all surrounding circumstances, may raise a presumption of concerted purpose entitling the jury to find the existence of the unlawful agreement.

The trial judge here has expressly found a tacit agreement to limit market shares. There is ample evidence, in my view, for a jury properly charged to so find. The trial judge then went on to find that in the circumstances an agreement to lessen competition would be undue. Again this finding rests on evidence capable of supporting it. The law applicable in such circumstances is either that pronounced by Duff C.J. in *Container Materials, Ltd.*, *supra*, at p. 152, or by Cartwright J. as he then was in *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, *supra*, at p. 425; the finding having been so made

[18] [1934] S.C.R. 165.

terme «entente» connoterait peut-être des parties capables en droit, l'existence d'un accord des volontés, l'échange de contreparties, et les règles de forme, et peut-être même de preuve, du droit des obligations. En l'espèce, cependant, la disposition comporte les termes «complote, se coalise, se concerte ou s'entend». Chaque mot ajoute au sens de la phrase. Il est clair que l'entente n'a pas à être susceptible d'exécution forcée, car, par définition, elle ne l'est pas. Il faut présumer que les parties à l'entente savent qu'elle n'est pas susceptible d'exécution forcée puisqu'elle est illégale. Elles ont, par leur comportement, renoncé à recourir au droit civil. L'entente peut être prouvée, c'est-à-dire que le juge des faits peut conclure à son existence à partir de tous les faits et circonstances de l'affaire, y compris le comportement des parties. Dans l'arrêt *Paradis c. Le Roi*[18], le juge Rinfret, alors juge puîné, a dit à la p. 168 que:

> [TRADUCTION] L'on peut établir le complot, comme tout autre crime, en le déduisant du comportement des parties. Il ne fait aucun doute que l'entente intervenue entre elles constitue l'essence de l'infraction, mais il est très rare que l'on puisse l'établir par une preuve directe. La preuve doit habituellement procéder par étapes. L'entente elle-même doit être déduite de «plusieurs actes isolés» (Kenny—«Outlines of Criminal Law», p. 294) qui, en eux-mêmes, peuvent n'avoir que peu ou pas de valeur, mais dont l'influence réciproque doit être interprétée; et leur effet cumulatif, évalué correctement à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire, peut faire présumer l'existence d'un but convenu qui permet au jury de conclure à l'existence de l'entente illégale.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu expressément à l'existence d'une entente tacite visant à limiter les parts du marché. Il y a une preuve suffisante, à mon avis, pour justifier un jury qui aurait reçu des directives appropriées de conclure dans ce sens. Le juge de première instance a ensuite conclu que, dans les circonstances, une entente pour diminuer la concurrence serait indue. Cette conclusion repose également sur une preuve suffisante. La règle de droit applicable en pareilles circonstances est soit celle énoncée par le juge en chef Duff dans l'arrêt *Container Materials*

[18] [1934] R.C.S. 165.

and supported by evidence it matters not upon which basis in law it is founded.

In count 1 the Court responded to submissions on the defence of conscious parallelism falling short by axiom of a conscious agreement to enhance prices unduly. In count 2 the undue lessening of competition has been alleged to have been brought about by the consistent practice on the part of the accused of proportional market sharing. It might be in some commercial circumstances that the defence, or at least the consideration, of conscious parallelism would be a valid element in the legal position of an accused under s. 32. It should be borne in mind, however, that the tribunal here was not concerned with a market shared by a wide range of suppliers in which a pattern of 'conscious parallelism' arose. There were three principal suppliers serving ninety-eight per cent of the market for some years during the period of charge and thereafter serving ninety per cent of the market. For almost a quarter of a century they remained in almost arithmetically perfect formation. Different considerations might come into play in a shifting market region or area supplied by a large number of participants each disporting itself according to its own interpretation of the doctrine of economic survival of which conscious parallelism apparently forms a part. I do no more than observe that this defence does not appear to have been advanced under count 2 and certainly forms no part of the judgments below.

It has been said that the section describes a relationship founded on "the act of agreeing" (*R. v. Gage*[19], *per* Perdue J.A. at p. 220). The "act of agreeing" is but another way of describing a meeting of the minds of the persons charged. How those minds meet or how the act of agreeing

[19] (1908), 18 Man. R. 175.

Ltd. précité, à la p. 152, soit celle énoncée par le juge Cartwright, alors juge puîné, dans l'arrêt *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, précité, à la p. 425; vu l'existence de cette conclusion qui est justifiée par la preuve, son fondement juridique importe peu.

Quant au premier chef, la Cour a répondu aux arguments avancés sur le moyen de défense voulant que des décisions consciemment parallèles, par définition, ne constituent pas une entente visant sciemment à augmenter indûment les prix. On a allégué que la diminution indue de la concurrence est due à la pratique constante des accusées de se partager proportionnellement le marché. Il se peut que, dans certaines situations commerciales, le moyen de défense, ou au moins la considération, de décisions consciemment parallèles soit un élément valide de la défense d'une personne inculpée conformément à l'art. 32. Il faut cependant se rappeler qu'en l'espèce, le tribunal n'étudiait pas un marché partagé entre de nombreux fournisseurs où s'est développée une tendance à des «décisions consciemment parallèles». Pendant les années visées par l'acte d'accusation, trois principaux fournisseurs ont desservi d'abord quatre-vingt-dix-huit pour cent, puis quatre-vingt-dix pour cent du marché. Pendant près d'un quart de siècle, ils ont conservé une organisation mathématiquement quasi parfaite. Des considérations différentes peuvent entrer en ligne de compte dans une région ou une zone où le marché est fluide, et qui est desservie par de nombreux fournisseurs, chacun se comportant selon sa propre interprétation de la doctrine de survie économique dont font apparemment partie les décisions consciemment parallèles. Je fais seulement remarquer que l'on n'a pas fait valoir ce moyen de défense à l'égard du second chef, et il ne se retrouve certainement pas dans les décisions d'instance inférieure.

On a dit que cette disposition décrit une relation fondée sur «l'acte de s'entendre» (*R. v. Gage*[19], le juge Perdue de la Cour d'appel à la p. 220). L'«acte de s'entendre» n'est qu'une façon différente de décrire l'accord des volontés des personnes accusées. La façon dont ces volontés s'accordent

[19] (1908), 18 Man. R. 175.

occurs is not limited to the rules and practices of contract law. The four words describe 'agreement' in the broad sense accorded to that word in the language and not the narrow term of art from a specialized branch of the law. The tacit agreement as found was to maintain the proportion of the sugar trade historically enjoyed by each of the accused. This relationship necessarily involved the curbing of free competition where it would upset this balance of trade shares. It matters not that these reins on free competition are imposed for good motives on the part of the accused: see *R. v. Burrows et al.*[20], at p. 135; *Howard Smith Paper Mills, Ltd., supra*, at pp. 406-7. The tacit agreement axiomatically entails a restraint on competition and that restraint produced a lessening which the learned trial judge has found in all the circumstances of this case to be undue.

In my view, the wording of the section of the statute embraces the situation or relationship here described by the learned trial judge as a "tacit agreement".

I return to the reference above to the rule in *Hodge*'s case. This rule has long been the subject of judicial discussion in this country even after its demise in its country of origin (see *McGreevy v. Director of Public Prosecutions*[21]). Spence J. in *R. v. Mitchell*[22], said of this rule at p. 479:

The direction in *Hodge*'s case did not add to or subtract from the requirement that proof of guilt in a criminal case must be beyond a reasonable doubt. It provided a formula to assist in applying the accepted standard of proof in relation to the first only of the two essential elements in a crime; i.e., the commission of the act as distinct from the intent which accompanied that act. The first element, assuming every circumstance could be established by evidence, would be capable of proof to a demonstration. The latter element, save perhaps out of the mouth of the accused himself, could never be so proved. The circumstances which establish the former

[20] (1966), 54 C.P.R. 95.
[21] [1973] 1 All E.R. 503.
[22] [1964] S.C.R. 471.

ou celle dont l'acte de s'entendre survient n'est pas limitée aux règles et aux pratiques du droit des obligations. Les quatre mots décrivent l'«entente» dans le sens le plus large qu'a ce terme dans la langue courante et non dans le sens technique d'une branche spécialisée du droit. L'entente tacite qui a été établie visait à maintenir les parts du commerce du sucre dont bénéficiait traditionnellement chacune des accusées. Cette relation implique nécessairement l'étouffement de la libre concurrence lorsqu'elle risque de bouleverser l'équilibre des parts du marché. Peu importe que ces limitations de la libre concurrence soient imposées par les accusées pour des motifs louables: voir *R. v. Burrows et al.*[20], à la p. 135; *Howard Smith Paper Mills, Ltd.*, précité, aux pp. 406 et 407. L'entente tacite entraîne automatiquement une limitation de la concurrence, laquelle produit une diminution que, dans les circonstances de l'espèce, le juge de première instance a jugée indue.

A mon avis, le texte de l'article de la loi inclut la situation ou relation que le juge de première instance en l'espèce a décrite comme une «entente tacite».

Je reviens à la mention qui a été faite plus tôt à la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*. Cette règle a longtemps fait l'objet de débats dans les tribunaux canadiens, même après qu'on l'eut abandonnée dans son pays d'origine (voir *McGreevy v. Director of Public Prosecutions*[21].) Dans l'arrêt *R. c. Mitchell*[22], le juge Spence a dit à son sujet à la p. 479:

[TRADUCTION] La directive donnée dans l'affaire *Hodge* n'ajoute ni ne retranche rien à la nécessité, en matière criminelle, de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Elle fournit une formule qui aide à appliquer la norme admise de preuve au premier seulement des deux éléments essentiels d'un acte criminel, c'est-à-dire la perpétration de l'acte par opposition à l'intention qui a accompagné l'acte. Le premier élément, à supposer que l'on pourrait faire la preuve de chaque circonstance, serait susceptible d'être prouvé démonstrativement. Le second élément, sauf si l'accusé lui-même en fait l'aveu, ne pourrait jamais être

[20] (1966), 54 C.P.R. 95.
[21] [1973] 1 All E.R. 503.
[22] [1964] R.C.S. 471.

not only can be, but must be consistent with each other, as otherwise a reasonable doubt on the issue arises.

This statement was applied in this Court in *John v. The Queen*[23] at p. 791; in *R. v. Bagshaw*[24] and *R. v. Paul*[25]. Most recently the rule has been examined in this Court in *R. v. Cooper*[26] where Ritchie J., speaking for the majority, said at p. 879:

... it will be apparent that I consider [the factual issue] to turn on a pure question of "intention" to which the *Hodge*'s rule does not apply, ...

At page 881, after referring to the *Mitchell* case and the others mentioned above, he added that Spence J.'s statement, *supra*,

must, I think, be taken to have been accepted as confining the application of the *Hodge*'s case formula in the manner there stated. This is not to say that, even where the issue is one of identification, the exact words used by Baron Alderson must necessarily be incorporated in a judge's charge. It is enough if it is made plain to the members of the jury that before basing a verdict of guilty on circumstantial evidence they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to be drawn from the proven facts. In this regard it will be seen that I agree with the Chief Justice in his rejection of the *Hodge* formula as an inexorable rule of law in Canada.

The Chief Justice, writing in dissent, stated with reference to the rule in *Hodge*'s case with which, as we have seen, Ritchie J. agreed, at pp. 865-6:

The time has come to reject the formula in *Hodge*'s case as an inexorable rule of law in Canada. Without being dogmatic against any use of the formula of the charge in *Hodge*'s case I would leave the matter to the good sense of the trial judge (as was said in *McGreevy*), with the reminder that a charge in terms of the traditional formula of required proof beyond a reasonable doubt is the safest as well as the simplest way to bring a lay jury to the appreciation of the burden of proof resting on the Crown in a criminal case.

[23] [1971] S.C.R. 781.
[24] [1972] S.C.R. 2.
[25] (1975), 27 C.C.C. (2d) 1.
[26] [1978] 1 S.C.R. 860.

ainsi prouvé. Les circonstances qui établissent le premier élément non seulement peuvent, mais encore doivent être compatibles les unes avec les autres, puisque autrement il y a un doute raisonnable sur la question.

Cette Cour a appliqué cet énoncé dans les arrêts *John c. La Reine*[23], à la p. 791; *R. c. Bagshaw*[24] et *R. v. Paul*[25]. Cette Cour a examiné cette règle plus récemment dans l'arrêt *R. c. Cooper*[26], où le juge Ritchie, au nom de la majorité, a dit à la p. 879:

... il est manifeste à mes yeux que [la question de fait] ne dépend que de «l'intention» à laquelle la règle de l'affaire *Hodge* ne s'applique pas, ...

A la p. 881, après avoir fait référence à l'arrêt *Mitchell* et aux autres arrêts cités précédemment, il a ajouté que la formulation énoncée par le juge Spence, précitée:

doit être considérée comme une restriction apportée à l'application de la règle formulée dans *Hodge*. Cela ne veut pas dire que la formule énoncée par le baron Alderson doit nécessairement être incorporée mot pour mot aux directives du juge lorsque la question litigieuse porte sur l'identification de l'accusé. Il suffit d'expliquer clairement aux jurés qu'avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve indirecte, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l'accusé est la seule déduction logique qui puisse être tirée des faits prouvés. A cet égard, je partage l'avis du Juge en chef qui rejette la formule *Hodge* comme règle de droit inexorable au Canada.

Le Juge en chef, dissident, a dit, à propos de la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*, avec laquelle, comme on le voit, le juge Ritchie est d'accord, aux pp. 865 et 866:

Il est temps maintenant de rejeter la formule *Hodge* comme règle de droit inexorable au Canada. Sans être dogmatiquement contre la formule établie dans *Hodge*, je suis d'avis qu'il faut s'en remettre à cet égard à la sagesse du juge de première instance (comme le dit l'arrêt *McGreevy*), tout en lui rappelant que la directive traditionnelle sur la nécessité d'une preuve hors de tout doute raisonnable représente le moyen le plus sûr et le plus simple d'amener les membres du jury à bien comprendre le fardeau de la preuve qui incombe au ministère public dans une affaire criminelle.

[23] [1971] R.C.S. 781.
[24] [1972] R.C.S. 2.
[25] (1975), 27 C.C.C. (2d) 1.
[26] [1978] 1 R.C.S. 860.

Here the learned trial judge directed himself to the effect that proof of intent may be made by circumstantial evidence and accordingly the principle in *Hodge*'s case must be applied. This is contrary to the principle enunciated in *Mitchell* and *Cooper*, *supra*, and must, with respect, be said to be an error in law. The error is, of course, against the interest of the respondent and not the appellant and in the result does not affect the disposition I propose to make of this appeal.

I therefore would dismiss these appeals.

Appeals dismissed, ESTEY J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.: L. Yves Fortier and Pierre Hébert, Montreal.

Solicitors for the appellant Redpath Industries Limited: Colin K. Irving and Peter S. Martin, Montreal.

Solicitors for the appellants St. Lawrence Sugar Limited and S.L.S.R. Holdings Ltd.: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montreal.

Solicitor for the respondent: Bruno C. Pateras, Montreal.

En l'espèce, le juge de première instance s'est donné pour principe que l'on peut établir la preuve de l'intention par une preuve indirecte et que par conséquent la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge* doit s'appliquer. Cela est contraire à ce qui a été décidé dans les arrêts *Mitchell* et *Cooper*, précités, et, avec égards, doit être qualifié d'erreur de droit. L'erreur favorise évidemment les appelantes et non l'intimé, et par conséquent n'influe pas sur l'issue que je propose de donner à ce pourvoi.

Je suis donc d'avis de rejeter ces pourvois.

Pourvois rejetés, le juge ESTEY *étant dissident.*

Procureurs de l'appelante Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd.: L. Yves Fortier et Pierre Hébert, Montréal.

Procureurs de l'appelante Les Industries Redpath Ltée: Colin K. Irving et Peter S. Martin, Montréal.

Procureurs des appelants Sucre St-Laurent Ltée et S.L.S.R. Holdings Ltd.: Courtois, Clarkson, Parsons & Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intimé: Bruno C. Pateras, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

N. M. Paterson and Sons Limited *Respondent.*

1980: October 15; 1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Evidence — Criminal procedure — Compellability of witnesses — Corporation charged with offence — Whether an officer of the corporation compellable witness at instance of the Crown — Canada Grain Act, 1970-71-72 (Can.), c. 7, ss. 2(27), (32), 90(1) — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

The respondent was charged with an offence under the *Canada Grain Act*. At trial, Crown counsel attempted to call, as a witness on behalf of the Crown, Mr. Lyle Ramsdell, the manager of the respondent's elevator where the alleged offence took place. Defence counsel objected that the witness was not compellable. He relied on the 1967 Manitoba Court of Appeal's decision in *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 386, where it was decided that the president of the corporation could not be called to give evidence against the corporation. It was then stated that the principle of criminal law that an individual accused cannot be compelled to give evidence on the hearing of a charge against him, applies equally to a body corporate. The provincial judge refused to compel Mr. Ramsdell to give evidence and acquitted the respondent for lack of proof. On appeal, the County Court judge held that he was bound by *Ettenhofer* and dismissed the appeal. Asked to reconsider its decision in *Ettenhofer*, the Court of Appeal stated that it was satisfied that the *Ettenhofer* case was based on sound reasoning and should be upheld and it confirmed the acquittal of the respondent. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Since the *Ettenhofer* case, the courts of appeal of Ontario, Quebec and British Columbia have reached the opposite conclusion. The contention of the respondent is that by calling the manager as a witness, he being the directing mind and will of the corporation, it is the

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

N. M. Paterson and Sons Limited *Intimée.*

1980: 15 octobre; 1980: 18 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Preuve — Procédure criminelle — Contraignabilité des témoins — Compagnie accusée d'une infraction — Un dirigeant de la compagnie est-il un témoin contraignable aux instances de la poursuite? — Loi sur les grains du Canada, 1970-71-72 (Can.), chap. 7, art. 2(27), (32), 90(1) — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5.

L'intimée est accusée d'une infraction créée par la *Loi sur les grains du Canada*. Au procès, le substitut du procureur général a tenté de citer M. Lyle Ramsdell, gérant de l'élévateur de la compagnie intimée où l'infraction aurait été commise, comme témoin de la poursuite. L'avocat de la défense a opposé que le témoin n'était pas contraignable. Il s'est fondé sur l'arrêt *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 386 où la Cour d'appel du Manitoba a décidé que le président de la compagnie ne pouvait pas être cité pour déposer contre cette dernière. On a alors déclaré que le principe de droit pénal suivant lequel un accusé ne peut être contraint de rendre témoignage ou de produire une pièce écrite à l'audition d'une accusation portée contre lui, s'applique aussi à une personne morale. Le juge provincial a refusé de contraindre M. Ramsdell à témoigner et a acquitté l'intimée pour manque de preuve à l'appui. En appel, le juge de la Cour de comté se considérant lié à l'affaire *Ettenhofer*, a rejeté l'appel. Lui ayant demandé de reconsidérer sa décision dans *Ettenhofer*, la Cour d'appel s'est dit convaincue que l'arrêt *Ettenhofer* est fondé sur un raisonnement solide et qu'il doit être maintenu; elle a donc confirmé l'acquittement de l'intimée. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Depuis l'arrêt *Ettenhofer*, les cours d'appel de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique sont arrivées à la conclusion contraire. La prétention de l'intimée est que si le gérant est cité comme témoin, puisqu'il est l'âme dirigeante de la compagnie, c'est la

corporation itself which is being called as a witness in the only way in which a corporate accused can be called to testify thus depriving the corporate accused of the privilege to stand mute at its own trial. To support this contention the respondent must bring into play the concept of the directing mind and will whereby the person so identified is as one with the corporation and what can be imputed or attributed to him can be imputed or attributed to the corporation. This concept has been applied in cases where the offence was one in which *mens rea* is an element. It will also apply where the accused corporation pleads the defence of due diligence.

This however is not such a case. There is no ground on which the concept of "directing mind and will" could be extended to apply to a situation such as the present one with the result that an employee of a corporation would not be compellable to testify on behalf of the prosecution while the same person in the same position and vested with the same authority would be compellable were his employer an individual person. And the fact that the manager is liable himself to be charged under the Act, tends to show that he is, for the purposes of prosecution, a distinct person who could seek for himself the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Finally, there are fundamental differences between evidence given on examination for discovery of a person produced by a corporation and evidence given at trial by an officer or employee of that corporation. On discovery such an employee or officer is the corporation while at trial the corporation is not a witness. It follows that the cases relied on by the respondent related to the privilege against self-crimination in examinations for discovery are inapplicable.

Curr v. The Queen, [1972] S.C.R. 889; *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] S.C.R. 763; *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, [1972] A.C. 153; *R. v. Beamish Construction Co. Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd.*, [1971] 3 C.C.C. (2d) 204; *Purzon du Canada Ltée and Maranda v. The Queen* (1971), 22 C.R.N.S. 1; *R. v. Pacific Rim Mariculture Ltd.*, [1978] 3 W.W.R. 477; *Laurentide Finance Company v. The Queen* (1978), 7 Alta L.R. (2d) 193; *R. v. United Grain Growers Ltd.* (1978), 7 Alta L.R. (2d) 111; *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Lea v. City of Medicine Hat*, [1917] 2 W.W.R. 789; *Welsback*

compagnie elle-même qui est citée comme témoin de la seule manière dont une compagnie accusée peut être appelée à témoigner, ce qui la prive du privilège de ne pas répondre à son propre procès. Pour appuyer cette prétention, l'intimée doit faire entrer en jeu la notion de l'âme dirigeante par laquelle la personne ainsi désignée ne fait qu'un avec la compagnie et en vertu de laquelle ce qui peut lui être imputé ou attribué peut l'être à la compagnie. Cette notion a été appliquée dans des affaires où la *mens rea* est un élément de l'infraction. Cette notion s'applique également lorsque la corporation accusée avance le moyen de défense de diligence raisonnable.

Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce. Il n'existe pas de motif en vertu duquel la notion de «l'âme dirigeante» pourrait être étendue de façon à s'appliquer à une situation comme celle en l'espèce de sorte qu'un employé d'une compagnie ne pourrait pas être contraint à témoigner pour la poursuite alors que la même personne dans la même situation et investie du même pouvoir pourrait l'être si son employeur était une personne physique. Le fait que le gérant soit lui-même susceptible d'être accusé en vertu de la Loi, tend plutôt à démontrer qu'aux fins de la poursuite, c'est une personne distincte qui pourrait se prévaloir personnellement de la protection qu'accorde l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Enfin, il y a des différences fondamentales entre le témoignage rendu au cours d'un interrogatoire préalable par une personne représentant une compagnie et le témoignage rendu à l'audience par un dirigeant ou un employé de cette compagnie. A l'interrogatoire préalable, cet employé ou ce dirigeant est la compagnie tandis qu'à l'audience, la compagnie n'est pas un témoin. Il s'ensuit que les arrêts invoqués par l'intimée relativement au privilège contre l'auto-incrimination au cours d'interrogatoires préalables ne sont pas applicables.

Jurisprudence: *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*, [1972] A.C. 153; *R. v. Beamish Construction Co. Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 301; *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning Glass Works of Canada Ltd.*, [1971] 3 C.C.C. (2d) 204; *Purzon du Canada Ltée and Maranda v. The Queen* (1971), 22 C.R.N.S. 1; *R. v. Pacific Rim Mariculture Ltd.*, [1978] 3 W.W.R. 477; *Laurentide Finance Company v. The Queen* (1978), 7 Alta L.R. (2d) 193; *R. v. United Grain Growers Ltd.* (1978), 7 Alta L.R. (2d) 111; *R. v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Lea v. City of Medicine Hat*, [1917] 2 W.W.R. 789; *Welsback*

Incandescent v. New Sunlight, [1900] 2 Ch. 1; *Goodbun v. Mitchell*, [1928] 3 D.L.R. 709; *Klein v. Bell*, [1955] S.C.R. 309; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancezaye Safety Glass (1934) Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. U.S.*, 221 U.S. 361 (1911); *Essgee Co. v. U.S.*, 262 U.S. 151 (1923); *U.S. v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *U.S. v. Kordel*, 397 U.S. 1 (1970); *Bellis v. U.S.*, 417 U.S. 85 (1974), referred to; *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 386; *R. v. Bank of Montreal* (1963), 36 D.L.R. (2d) 45, disapproved.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1] dismissing the appeal of the judgment of the County Court affirming the acquittal of the accused by a provincial court judge. Appeal allowed and new trial ordered.

J. A. Scollin, Q.C., and *Bruce McFarlane*, for the appellant.

T. Glowacki, Q.C., and *R. Dewar*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—As phrased by the appellant the issue for determination by this Court "is whether an employee or officer of a corporation can be called as a witness for the Crown to testify during a criminal prosecution involving the corporation".

The respondent was charged with using a grade name established under the *Canada Grain Act*, S.C. 1970-71-72, c. 7, in describing grain that did not possess characteristics of grain of that grade.

In the respondent's view:

... The issue is a fundamental, substantive one. The issue is, whether in the administration of Canadian criminal justice (including federal prosecutions under federal penal legislation creating offences) Crown Counsel has the right to compel an accused to give evidence in Court at the accused's trial.

The respondent accepts the statement of facts as set out in the appellant's factum:

[1] [1979] 1 W.W.R. 5, (1978), 44 C.C.C. (2d) 242.

Incandescent v. New Sunlight, [1900] 2 Ch. 1; *Goodbun v. Mitchell*, [1928] 3 D.L.R. 709; *Klein c. Bell*, [1955] R.C.S. 309; *Triplex Safety Glass Co. v. Lancezaye Safety Glass (1934) Ltd.*, [1939] 2 K.B. 395; *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906); *Wilson v. U.S.*, 221 U.S. 361 (1911); *Essgee Co. v. U.S.*, 262 U.S. 151 (1923); *U.S. v. White*, 322 U.S. 694 (1944); *U.S. v. Kordel*, 397 U.S. 1 (1970); *Bellis v. U.S.*, 417 U.S. 85 (1974); arrêts critiqués: *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*, [1967] 1 C.C.C. 386; *R. v. Bank of Montreal* (1963), 36 D.L.R. (2d) 45.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a rejeté l'appel interjeté d'un jugement de la Cour de comté qui accueillait l'acquittement de l'accusé par un juge provincial. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

J. A. Scollin, c.r., et *Bruce McFarlane*, pour l'appelante.

T. Glowacki, c.r., et *R. Dewar*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Comme l'énonce l'appelante, le point litigieux en l'espèce [TRADUCTION] «est de savoir si un employé ou un dirigeant d'une compagnie peut être cité comme témoin à charge pour déposer au cours d'une poursuite criminelle impliquant la compagnie».

L'intimée est accusée de s'être servie d'une appellation de classe établie par la *Loi sur les grains du Canada*, S.C. 1970-71-72, chap. 7, pour décrire du grain qui ne possédait pas les caractéristiques du grain de cette classe.

De l'avis de l'intimée:

[TRADUCTION] ... La question est fondamentale et importante. Il s'agit de savoir si, dans l'administration de la justice pénale canadienne (y compris les poursuites fédérales en vertu de lois pénales fédérales qui créent des infractions), le substitut du procureur général a le droit de contraindre un accusé à témoigner en cour à son procès.

L'intimée accepte l'exposé des faits que l'appelante a inclus dans son mémoire:

[1] [1979] 1 W.W.R. 5, (1978), 44 C.C.C. (2d) 242.

The Respondent, N. M. Paterson and Sons Limited, was charged with an offence under the *Canada Grain Act* that was alleged to have been committed between the 13th day of June, 1977 and the 15th day of July, 1977. None of the employees of the Corporation were charged in connection with this matter.

On the 2nd of May, 1978, the Information was tried by His Honour Provincial Judge B. P. McDonald in the Town of Morden, in the Province of Manitoba.

At trial, Crown Counsel called a Member of the Royal Canadian Mounted Police as well as the Assistant Commissioner of the Canadian Grain Commission as witnesses for the prosecution. Both witnesses outlined their involvement in this particular matter.

Thereafter, Crown Counsel attempted to call Mr. Lyle Ramsdell as a witness on behalf of the Crown. Prior to swearing the witness, objection was taken to his being called and a discussion ensued between the Bench and Counsel for the Crown and Defence.

Although evidence was not tendered on this particular point, it was common between counsel that the witness Ramsdell was an employee of the Respondent and was, in fact, the "Manager" of the Corporate Respondent's elevator at Dacotah, Manitoba.

After having heard submissions from Counsel, His Honour Provincial Judge McDonald ruled that Ramsdell was not a compellable witness for the prosecution. Accordingly he did not testify during the course of the proceedings.

The Crown having then closed its case, the Court dismissed the charge for lack of any evidence to support the charge.

An appeal taken by the Crown against this decision was dismissed by His Honour Judge P. D. Ferg on the 2nd of August, 1978.

A further appeal taken by the Crown was dismissed on the 25th of October, 1978 by the Court of Appeal for Manitoba.

The thrust of the respondent's argument is that Mr. Ramsdell is, in the circumstances of this case, the "directing mind and will of the corporation" as the concept has developed in cases which will be discussed below, and is thus so closely identified with it that to compel him as a witness is equivalent to compelling the accused corporation itself and denying it the privilege against self-crimination.

[TRADUCTION] L'intimée, N. M. Paterson and Sons Limited, est accusée d'une infraction à la *Loi sur les grains du Canada* qui aurait été commise entre le 13 juin 1977 et le 15 juillet 1977. Aucun des employés de la compagnie n'a été accusé relativement à cette affaire.

Le 2 mai 1978, la dénonciation est venue à audience devant M. le juge B. P. McDonald de la Cour des juges provinciaux, dans la ville de Morden (Manitoba).

Au procès, le substitut du procureur général a cité un membre de la Gendarmerie royale du Canada ainsi que le commissaire adjoint de la Commission canadienne des grains comme témoins à charge. Les deux témoins ont expliqué leur rôle dans cette affaire.

Par la suite, le substitut du procureur général a tenté de citer M. Lyle Ramsdell comme témoin de la poursuite. Avant que le témoin ne prête serment, la défense a fait une objection à son assignation et une discussion entre la Cour et les avocats de la poursuite et de la défense s'en est suivie.

Bien qu'aucune preuve n'ait été présentée sur ce point, les avocats ont reconnu que le témoin Ramsdell était un employé de l'intimée et était, en fait, le «gérant» de l'élévateur de la compagnie intimée à Dacotah (Manitoba).

Après avoir entendu les prétentions des avocats, M. le juge McDonald a statué que Ramsdell n'était pas un témoin contraignable de la poursuite. Par conséquent, celui-ci n'a pas déposé au cours des procédures.

A la fin de la preuve de la poursuite, la Cour a rejeté l'accusation pour manque de preuve à charge.

Le 2 août 1978, M. le juge P. D. Ferg a rejeté l'appel que le ministère public a interjeté de cette décision.

Le 25 octobre 1978, la Cour d'appel du Manitoba a rejeté un autre appel formé par le ministère public.

Le cœur de l'argument de l'intimée est que M. Ramsdell est, dans les circonstances de l'espèce, «l'âme dirigeante de la compagnie» au sens qu'a pris cette notion dans les affaires analysées plus loin; par conséquent il s'identifie si intimement avec elle que le contraindre à témoigner équivaut à contraindre la compagnie accusée elle-même et à la priver ainsi du privilège de ne pas s'incriminer.

Counsel for the respondent write in their factum:

... To the extent that the prosecuting authorities may seek to call as witnesses mere employees of corporations, as distinct from persons who are (as in this case) the Chief Executive Officer or Manager, in actual control of the operation giving rise to the alleged offence, the Respondent has no quarrel with them. Just as Crown Counsel has the right to call employees of an accused human person, so Crown Counsel has the right to call employees of accused corporations. But, it is submitted, Crown Counsel has wrongly sought to cross the line in the present case when it seeks to call a Chief Executive Officer or Manager of the Respondent's grain elevator in question. Crown Counsel sought to call this accused, the Paterson corporation, in the only way that the corporation could be called at its own trial.

There is some confusion, both in the arguments developed before this Court and in some of the cases cited, with respect to the privilege against self-crimination as it applies to an accused as opposed to a witness.

As was reiterated by Laskin J., as he then was, speaking for a majority of the Court in *Curr v. The Queen*[2], at p. 908:

An accused person remains under the law of Canada a non-compellable witness for the prosecution.

The manner in which the privilege applies to a witness on the one hand and to an accused on the other was clearly stated by Dickson J., speaking for the Court, in *Marcoux and Solomon v. The Queen*[3], at pp. 768-769:

The privilege, historically and comprehensively analyzed in 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, pp. 284 *et seq.*, developed in revulsion from the system of interrogation practised in the old ecclesiastical courts and the Star Chamber, *i.e.* summoning a person, without giving him warning of the charge against him, and examining him on oath. The general rule evolved that no one was bound to answer any question if the answer would tend to expose him to a criminal charge. As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An

[2] [1972] S.C.R. 889.
[3] [1976] 1 S.C.R. 763.

Voici ce que les avocats de l'intimée allèguent dans leur mémoire:

[TRADUCTION] ... Dans la mesure où la poursuite cherche à citer comme témoins de simples employés de compagnies, et non des personnes (comme en l'espèce), tel le chef d'exploitation ou le gérant, qui ont un pouvoir réel sur l'opération qui a donné lieu à l'infraction imputée, l'intimée n'a rien à redire. Tout comme le substitut du procureur général a le droit de citer des employés d'une personne physique accusée, il a le droit de citer des employés de compagnies accusées. Mais nous soutenons que le substitut du procureur général a cherché à tort à dépasser la limite en l'espèce lorsqu'il a voulu citer un chef d'exploitation ou gérant de l'élévateur à grain de l'intimée. Le substitut du procureur général a cherché à citer cette accusée, la compagnie Paterson, de la seule manière dont la compagnie pouvait être citée à son propre procès.

Il règne une certaine confusion, tant dans les arguments exposés devant cette Cour que dans certains des arrêts cités, en ce qui concerne la protection contre l'auto-incrimination dont peut bénéficier un accusé par opposition à un témoin.

Comme l'a répété le juge Laskin, maintenant juge en chef, qui parlait au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Curr c. La Reine*[2], à la p. 908:

En droit canadien, le prévenu demeure un témoin que la poursuite ne peut pas appeler à déposer.

La manière dont le privilège s'applique à un témoin d'une part et à un accusé de l'autre a été clairement exposée par le juge Dickson, qui parlait au nom de la Cour dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*[3], aux pp. 768-769:

Le privilège, dont une analyse historique et globale est faite dans 8 *Wigmore on Evidence* (McNaughton revision 1961) art. 2250, aux pp. 284 sqq., s'est développé par réaction à la méthode d'interrogatoire pratiquée devant les anciens tribunaux ecclésiastiques et devant la Chambre Étoilée, où l'usage consistait à faire comparaître une personne, sans l'aviser de quoi elle était inculpée, et à l'interroger sous serment. La règle générale a évolué jusqu'à ce que personne ne soit obligé de répondre à une question si la réponse pouvait tendre à l'exposer à une inculpation de nature criminelle. Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970,

[2] [1972] R.C.S. 889.
[3] [1976] 1 R.C.S. 763.

accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears.

In this case the privilege invoked is, clearly, that of the accused to stand mute. Indeed the respondent's submission is that Mr. Ramsdell is not compellable since to compel him would be compelling the accused corporation.

Therefore, the true question in my view is whether there exists under the criminal law of Canada a rule whereby an officer or employee of a corporation, determined to be the "directing mind and will" of the corporation, is not compellable as a witness on behalf of the prosecution in a case where the corporation is the accused, on the basis that to rule otherwise would amount to a denial of the privilege of an accused against self-crimination.

It may have been arguable in this case whether Mr. Ramsdell could be described as the "directing mind or will" of the respondent corporation with respect to the respondent's elevator at Dacotah, Manitoba, where the offence is alleged to have been committed. It is common ground that Mr. Ramsdell was the manager of that elevator. The respondent relies on s. 2(27) of the *Canada Grain Act* which defines "manager" as meaning "in respect of an elevator, the chief executive officer employed at the elevator by the operator or licensee of the elevator".

By s. 2(32) "operator" means, "in respect of an elevator, the person in possession of the premises constituting the elevator, either as owner or lessee thereof or as being entitled under a contract with the owner or lessee thereof or as being entitled under a contract with the owner or lessee to operate the elevator for his own benefit and advantage".

Not all managers can be said to represent the directing mind and will of the corporation. In *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*[4], Lord Reid writes at p. 171:

[4] [1972] A.C. 153.

c. E-10, art. 5. Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection.

En l'espèce, le privilège invoqué est nettement celui qu'a l'accusé de s'abstenir de répondre. En fait, l'intimée prétend que M. Ramsdell n'est pas contraignable puisque le contraindre reviendrait à contraindre la compagnie accusée.

Par conséquent, la véritable question à mon avis est de savoir s'il existe en droit pénal canadien une règle qui exempte un dirigeant ou un employé d'une compagnie, reconnu comme «l'âme dirigeante» de la compagnie, de témoigner pour la poursuite dans une affaire où la compagnie est l'accusée, pour le motif que le contraire équivaudrait à priver l'accusée du privilège contre l'auto-incrimination.

Il peut être discutable en l'espèce qu'on puisse décrire M. Ramsdell comme «l'âme dirigeante» de la compagnie intimée à l'égard de l'élévateur de l'intimée à Dacotah (Manitoba), où l'infraction aurait été commise. Les parties admettent que M. Ramsdell était le gérant de cet élévateur. L'intimée invoque le par. 2(27) de la *Loi sur les grains du Canada* aux termes duquel «gérant» signifie «relativement à un élévateur, le chef d'exploitation de l'élévateur qui y est employé par l'exploitant de l'élévateur ou le titulaire de permis de l'élévateur».

Suivant le par. 2(32), «exploitant» désigne, «relativement à un élévateur, la personne qui est en possession des installations constituant cet élévateur, soit à titre de propriétaire soit à titre de locataire de celui-ci, soit du fait qu'elle a droit, en vertu d'un contrat passé avec le propriétaire ou le locataire, d'exploiter l'élévateur à son propre profit et pour son propre avantage».

On ne peut pas dire que tous les gérants représentent l'âme dirigeante de la compagnie. Dans l'arrêt *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass*[4], lord Reid écrit à la p. 171:

[4] [1972] A.C. 153.

Reference is frequently made to the judgment of Denning L.J. in *H. L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T. J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159. He said, at p. 172:

> "A company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such."

In that case the directors of the company only met once a year: they left the management of the business to others, and it was the intention of those managers which was imputed to the company. I think that was right. There have been attempts to apply Lord Denning's words to all servants of a company whose work is brain work, or who exercise some managerial discretion under the direction of superior officers of the company. I do not think that Lord Denning intended to refer to them. He only referred to those who "represent the directing mind and will of the company, and control what it does".

I think that is right for this reason. Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not. They carry out orders from above and it can make no difference that they are given some measure of discretion. But the board of directors may delegate some part of their functions of management giving to their delegate full discretion to act independently of instructions from them. I see no difficulty in holding that they have thereby put such a delegate in their place so that within the scope of the delegation he can act as the company. It may not always be easy to draw the line but there are cases in which the line must be drawn.

In that case, quoting from the headnote:

The defendants, a body corporate owning supermarket stores, were charged with an offence under the *Trade Descriptions Act 1968*. They sought to raise a

[TRADUCTION] On renvoie fréquemment à l'arrêt du lord juge Denning dans *H.L. Bolton (Engineering) Co. Ltd. v. T.J. Graham & Sons Ltd.*, [1957] 1 Q.B. 159. Il dit à la p. 172:

> «Une compagnie peut être comparée à un corps humain de plusieurs façons. Elle possède un cerveau et un centre nerveux qui contrôle ce qu'elle fait. Elle a également des mains qui tiennent les outils et agissent conformément aux directives venant de ce centre. Certaines personnes au sein de la compagnie sont de simples préposés et mandataires qui ne sont rien de plus que des mains qui accomplissent le travail et dont on ne peut pas dire qu'elles en représentent l'âme ou l'esprit. D'autres sont des administrateurs et des gérants qui représentent l'âme dirigeante de la compagnie et qui ont la haute main sur son activité. L'état d'esprit de ces gérants est celui de la compagnie et est considéré juridiquement comme tel.»

Dans cette affaire-là, les administrateurs de la compagnie ne se réunissaient qu'une fois par année: ils laissaient à d'autres la direction de l'entreprise et c'est l'intention de ces gérants que l'on a imputée à la compagnie. J'estime que l'on a eu raison. On a essayé d'appliquer la déclaration de lord Denning à tous les préposés d'une compagnie qui accomplissent un travail intellectuel ou exercent un certain pouvoir de gestion sous l'autorité de cadres supérieurs de la compagnie. Je ne crois pas que lord Denning ait voulu parler d'eux. Il a seulement mentionné ceux qui «représentent l'âme dirigeante de la compagnie et qui ont la haute main sur son activité».

Voici pourquoi, à mon avis, il en est ainsi. Normalement le conseil d'administration, l'administrateur délégué et peut-être d'autres cadres supérieurs d'une compagnie exercent les fonctions de gestion, et parlent et agissent comme s'ils étaient la compagnie. Ce n'est pas le cas de leurs subordonnés. Ils exécutent les ordres de leurs supérieurs et il importe peu qu'on leur laisse un certain pouvoir discrétionnaire. Mais le conseil d'administration peut déléguer une certaine partie de ses fonctions de gestion en donnant à son délégué l'entière discrétion d'agir indépendamment de ses directives. Je n'ai aucune difficulté à conclure qu'il laisse ainsi sa place à ce délégué de sorte que, dans les limites du mandat, celui-ci peut agir comme s'il était la compagnie. Il n'est peut-être pas toujours facile de faire la différence, mais il faut parfois la faire.

Voici le sommaire de cette affaire-là:

[TRADUCTION] La défenderesse, une personne morale propriétaire de supermarchés, a été accusée d'une infraction à la *Trade Descriptions Act 1968*. Elle a

defence under section 24(1) on the grounds that the commission of the offence was due to the act or default of another person, namely, the manager of the store at which it was committed, and that they had taken all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such an offence.

The relevant portions of s. 24(1) read:

> 24(1): In any proceedings for an offence under this Act it shall, ... be a defence for the person charged to prove—(*a*) that the commission of the offence was due to ... the act or default of another person, ... and (*b*) that he took all reasonable precautions and exercised all due diligence to avoid the commission of such offence. . ...

It was held that the manager of the store was "another person" within the meaning of the enactment. Lord Reid writes at pp. 174-175:

> ... I have said that a board of directors can delegate part of their functions of management so as to make their delegate an embodiment of the company within the sphere of the delegation. But here the board never delegated any part of their functions. They set up a chain of command through regional and district supervisors, but they remained in control. The shop managers had to obey their general directions and also take orders from their superiors. The acts or omissions of shop managers were not acts of the company itself.

As already mentioned under the *Canada Grain Act* the manager of an elevator is "the chief executive officer employed at the elevator by the operator or licensee of the elevator". In my view it does not necessarily follow that he becomes thereby "an embodiment of the company" and is not simply part of a "chain of command", nor that he has been granted "full discretion to act independently of instructions" from above.

However, no issue has been raised by the appellant as to whether the manager, Mr. Ramsdell, could be properly described as representing the "directing mind and will" of the respondent corporation and I will now turn to the judgments under review.

cherché à invoquer le par. 24(1) en défense parce que la perpétration de l'infraction était due à l'acte ou à l'omission d'une autre personne, savoir le gérant du magasin où l'infraction avait eu lieu, et qu'elle avait pris toutes les précautions raisonnables et exercé toute la diligence requise pour éviter la perpétration de pareille infraction.

Les parties pertinentes du par. 24(1) se lisent comme suit:

> [TRADUCTION] 24(1): Dans toutes poursuites pour une infraction à la présente loi, ... l'accusé pourra, comme moyen de défense, prouver—*a*) que la perpétration de l'infraction est due à ... l'acte ou à l'omission d'une autre personne, ... et *b*) qu'il a pris toutes les précautions raisonnables et exercé toute la diligence requise pour éviter la perpétration de pareille infraction ....

La Cour a statué que le gérant du magasin était «une autre personne» au sens du texte de loi. Lord Reid écrit aux pp. 174-175:

> [TRADUCTION] ... J'ai dit qu'un conseil d'administration peut déléguer une partie de ses fonctions de gestion de façon à ce que son délégué personnifie la compagnie dans les limites du mandat. Mais, en l'espèce, le conseil n'a jamais délégué une seule de ses fonctions. Il a créé une structure hiérarchisée entre les chefs de service régionaux et de district. Les gérants de magasin devaient obéir à leurs directives générales et recevoir des ordres de leurs supérieurs. Les actes ou omissions des gérants de magasin n'étaient pas les actes de la compagnie elle-même.

Comme je l'ai déjà mentionné, en vertu de la *Loi sur les grains du Canada*, le gérant d'un élévateur est le «chef d'exploitation de l'élévateur qui y est employé par l'exploitant de l'élévateur ou le titulaire de permis de l'élévateur». A mon avis, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ainsi il «personnifie la compagnie» et n'est pas un simple palier d'une «structure hiérarchisée», ni qu'il a reçu «l'entière discrétion d'agir indépendamment des ... directives» de ses supérieurs.

Cependant, l'appelante n'a soulevé aucune question sur le point de savoir si l'on peut dire à bon droit du gérant, M. Ramsdell, qu'il représente «l'âme dirigeante» de la compagnie intimée et j'en viens maintenant aux jugements en cause.

Judge McDonald of the Provincial Judges' Court relied on *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*[5] and on *R. v. Bank of Montreal*[6], in ruling "that the witness (Mr. Ramsdell) is not properly subpoenable, and cannot be called by the Crown".

In the *Ettenhofer* case it was decided that Mr. Ettenhofer, who was the president of the corporation and one of its directors, could not be called to give evidence against the corporation. Monnin J.A., speaking for the Court, said at p. 387:

> There is a well known and sound principle of criminal law that an individual accused cannot be compelled in law to give evidence or produce written evidence on the hearing of a charge against him. I take it that this principle applies equally to a body corporate as to an individual.

In the *Bank of Montreal* case Hutcheson J. of the Supreme Court of British Columbia issued a writ of prohibition to prevent the calling of the Bank's district superintendent as a witness to give evidence on behalf of the prosecution and produce documents.

On appeal to the County Court, from Judge McDonald's decision, Ferg Co. Ct. J. was of the opposite view:

> ... For it is not the Corporation that is being called as a witness to ostensibly incriminate itself, but only an employee of that corporation, an employee of the corporate accused, the corporate entity. As noted, the employee witness is himself protected from self incrimination by the *Canada Evidence Act*, but we cannot let it rest there of course.

And later on he adds:

> ... It has always been my opinion, for what it is worth, that officers or employees of corporations have always been regarded as persons distinct and separate and apart from the corporate person or the corporate entity.

However, considering himself bound by the decision of the Court of Appeal in *Ettenhofer*, he dismissed the appeal.

[5] [1967] 1 C.C.C. 386 (Man. C.A.).
[6] (1963), 36 D.L.R. (2d) 45 (B.C.S.C.).

Le juge McDonald de la Cour des juges provinciaux s'est fondé sur l'arrêt *R. v. Ettenhofer Painting & Decorating Ltd.*[5] et sur *R. v. Bank of Montreal*[6], pour statuer [TRADUCTION] «que le témoin (M. Ramsdell) ne peut pas être assigné ni être cité par la poursuite».

Dans l'arrêt *Ettenhofer*, la Cour d'appel a décidé que M. Ettenhofer, qui était le président de la compagnie et un de ses administrateurs, ne pouvait pas être cité pour déposer contre la compagnie. Le juge Monnin, qui parlait au nom de la Cour d'appel, dit à la p. 387:

> [TRADUCTION] Il existe un principe bien connu et bien fondé en droit pénal suivant lequel un accusé ne peut, en droit, être contraint de rendre témoignage ou de produire une pièce écrite à l'audition d'une accusation portée contre lui. A mon avis, ce principe s'applique autant à une personne morale qu'à une personne physique.

Dans l'affaire *Bank of Montreal*, le juge Hutcheson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a délivré un bref de prohibition pour empêcher que le superviseur de district de la banque soit cité comme témoin de la poursuite et qu'il produise des documents.

Le juge Ferg de la Cour de comté, devant laquelle le jugement du juge McDonald a été porté en appel, était d'avis contraire:

> [TRADUCTION] ... En effet, ce n'est pas la compagnie qui est citée comme témoin pour ostensiblement s'incriminer, mais seulement un employé de cette compagnie, un employé de la compagnie accusée, la personne morale. Comme on l'a signalé, la *Loi sur la preuve au Canada* protège l'employé témoin contre l'auto-incrimination, mais nous ne pouvons évidemment pas en rester là.

Plus loin, il ajoute:

> [TRADUCTION] ... J'ai toujours été d'avis, quelle qu'en soit la valeur, que les dirigeants ou employés de compagnies ont toujours été considérés comme des personnes distinctes et différentes de la personne que constitue la compagnie, ou de la personne morale.

Cependant, se considérant lié par l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Ettenhofer*, il a rejeté l'appel.

[5] [1967] 1 C.C.C. 386 (C.A. Man.).
[6] (1963), 36 D.L.R. (2d) 45 (C.S.C.-B.).

The Court of Appeal for Manitoba, speaking through O'Sullivan J.A., dismissed the appeal and affirmed the *Ettenhofer* decision:

> With respect, I do not think that the *Ettenhofer* case should be so lightly dismissed. I am satisfied that it was based on sound reasoning and should be upheld.
>
> There are today many one-man corporations. If a corporation's sole shareholder can be compelled to give evidence against it, there is an end of the right of standing mute in any matter involving the corporation in alleged crimes or offences.
>
> We are not called on in this case to draw the line as to which officers of a corporation are compellable and which are not. The *Canada Grain Act*, by section 2(27) defines "manager" as "the chief executive officer employed at" an elevator. I think one of the purposes of this section is to identify the corporation with its elevator managers so as to deem such managers to be directing minds and wills of a corporation. In my opinion, such a "chief executive officer" is not compellable to give evidence against his corporation.

In *R. v. Beamish Construction Co. Ltd.*[7], Jessup J. of the Ontario High Court declined to extend the privilege against self-crimination to the employees of corporations "notwithstanding that they might be regarded as the directing minds and wills of their employers". Although expressing some doubt as to the correctness of his rulings and the hope that "the question may be dealt with by the Court of Appeal", he held that the sales manager of a corporation, the general manager who subsequently became vice-president and a director and later president, as well as the president and a director and later vice-president of another corporation, were compellable witnesses. The judgment of Jessup J. was confirmed by the Court of Appeal, but the Court did not pronounce itself on this issue.

Since the *Ettenhofer* case was decided in 1967, the Courts of Appeal of Ontario, Quebec and British Columbia have reached the opposite conclusion.

In *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning*

[7] [1967] 1 C.C.C. 301.

La Cour d'appel du Manitoba, dont l'opinion a été rédigée par le juge O'Sullivan, a rejeté l'appel et confirmé l'arrêt *Ettenhofer*:

> [TRADUCTION] Avec égards, je n'estime pas que l'arrêt *Ettenhofer* doive être écarté avec autant de facilité. Je suis convaincu qu'il est fondé sur un raisonnement solide et qu'il doit être confirmé.
>
> Il existe de nos jours de nombreuses compagnies unipersonnelles. Si le seul actionnaire d'une compagnie peut être contraint à témoigner contre elle, c'est la fin du droit que l'on a de s'abstenir de répondre quand des actes criminels ou des infractions sont imputés à la compagnie.
>
> Nous ne sommes pas appelés en l'espèce à départager les dirigeants d'une compagnie qui sont contraignables de ceux qui ne le sont pas. Le paragraphe 2(27) de la *Loi sur les grains du Canada* définit «gérant» comme «le chef d'exploitation de l'élévateur qui y est employé». J'estime qu'un des objets de ce paragraphe est d'identifier la compagnie avec son gérant d'élévateur de façon qu'il en soit réputé l'âme dirigeante. A mon avis, ce «chef d'exploitation» ne peut pas être contraint à témoigner contre sa compagnie.

Dans *R. v. Beamish Construction Co. Ltd.*[7], le juge Jessup de la Haute Cour de l'Ontario a refusé d'étendre le privilège contre l'auto-incrimination aux employés de compagnies [TRADUCTION] «même si on peut les considérer comme l'âme dirigeante de leurs employeurs». Même s'il a exprimé quelques doutes sur la justesse de sa décision et l'espoir que [TRADUCTION] «la question puisse être examinée par la Cour d'appel», il a conclu que le gérant des ventes d'une compagnie, le gérant général qui est devenu par la suite vice-président et administrateur et plus tard président, ainsi que le président et l'administrateur qui est devenu plus tard vice-président d'une autre compagnie étaient des témoins contraignables. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge Jessup, mais ne s'est pas prononcée sur ce point.

Depuis l'arrêt *Ettenhofer* rendu en 1967, les cours d'appel de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique sont arrivées à la conclusion contraire.

Dans *R. v. Judge of the General Sessions of the Peace for the County of York, Ex parte Corning*

[7] [1967] 1 C.C.C. 301.

Glass Works of Canada Ltd.[8], the Court of Appeal for Ontario held that six employees and officers of a corporation were compellable witnesses to give evidence against it. Leave to appeal to this Court was refused.

In *Purzon du Canada Ltée and Maranda v. The Queen et al.*[9], the Quebec Court of Appeal would not follow the *Ettenhofer* and the *Bank of Montreal* cases which it distinguished, and the Court ordered the production of the minute book of the corporation.

In *R. v. Pacific Rim Mariculture Ltd.*[10], the British Columbia Court of Appeal followed *Corning Glass, supra*, and ruled that the "president and director of the respondent company and the directing mind of that company" was a compellable witness on behalf of the prosecution.

The *Corning Glass* and the *Pacific Rim Mariculture* decisions have been followed in Alberta by Miller J. of the Supreme Court, Trial Division, in *Laurentide Finance Company v. The Queen*[11], and by District Court Judge Rowbotham in *R. v. United Grain Growers Ltd.*[12]

The underlying dilemma is well summarized by Jessup J. in the *Beamish* case, *supra*, when he says at pp. 340-341:

> The privilege of an accused against self-incrimination is an ancient common law right which has not been altered by the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307. The question is whether an employee who is regarded as the directing mind and will of a corporation and its *alter ego* is to be privileged against incriminating his employer when he would not have such privilege if he were the employee of a natural person. On the one hand, corporations, which are now capable of criminal responsibility in offences involving *mens rea* but were not at the time the rule against self-incrimination was laid down, are to be denied an ancient privilege of the common law and on the other hand they are to enjoy an immunity from incrimination by their servants which is not available to natural persons.

[8] [1971] 3 C.C.C. (2d) 204.
[9] (1971), 22 C.R.N.S. 1.
[10] [1978] 3 W.W.R. 477.
[11] (1978), 7 Alta L.R. (2d) 193.
[12] (1978), 7 Alta L.R. (2d) 111.

Glass Works of Canada Ltd.[8], la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que six employés et dirigeants d'une compagnie pouvaient être contraints à déposer contre elle. Autorisation d'en appeler à cette Cour a été refusée.

Dans *Purzon du Canada Ltée and Maranda v. The Queen et al.*[9], la Cour d'appel du Québec n'a pas suivi les arrêts *Ettenhofer* et *Bank of Montreal* avec lesquels elle a établi une distinction; elle a ordonné la production du registre des procès-verbaux de la compagnie.

Dans *R. v. Pacific Rim Mariculture Ltd.*[10], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a suivi l'arrêt *Corning Glass*, précité, et statué que [TRADUCTION] «le président et administrateur de la compagnie intimée, son âme dirigeante», était un témoin contraignable pour le compte de la poursuite.

En Alberta, le juge Miller de la Division de première instance de la Cour suprême, dans *Laurentide Finance Company v. The Queen*[11], et le juge Rowbotham de la Cour de district dans *R. v. United Grain Growers Ltd.*[12] ont suivi les arrêts *Corning Glass* et *Pacific Rim Mariculture*.

Dans l'arrêt *Beamish*, précité, le juge Jessup résume bien le dilemme sous-jacent lorsqu'il écrit aux pp. 340-341:

> [TRADUCTION] Le privilège que possède un accusé contre l'auto-incrimination est un vieux droit de *common law* que n'a pas modifié la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, chap. 307. Il s'agit de savoir si un employé qui est considéré comme l'âme dirigeante d'une compagnie et son *alter ego* doit bénéficier du privilège de ne pas incriminer son employeur alors que ce privilège lui aurait été refusé s'il avait été l'employé d'une personne physique. D'une part, les compagnies, qui peuvent maintenant être criminellement responsables d'infractions qui nécessitent la *mens rea*, mais qui ne l'étaient pas à l'époque où la règle contre l'auto-incrimination a été établie, doivent se voir refuser l'ancien privilège de *common law* et, d'autre part, elles doivent bénéficier d'une immunité contre l'incrimination par leurs préposés, immunités dont ne jouissent pas les personnes physiques.

[8] [1971] 3 C.C.C. (2d) 204.
[9] (1971), 22 C.R.N.S. 1.
[10] [1978] 3 W.W.R. 477.
[11] (1978), 7 Alta L.R. (2d) 193.
[12] (1978), 7 Alta L.R. (2d) 111.

The contention of the respondent, as we have seen, is that by calling the manager as a witness, he being the directing mind and will of the corporation, it is the corporation itself which is being called as a witness in the only way in which a corporate accused can be called to testify thus depriving the corporate accused of the privilege to stand mute at its own trial.

To support this contention, the respondent must bring into play the concept of the directing mind and will whereby the person so identified is as one with the corporation and what can be imputed or attributed to him can be imputed or attributed to the corporation.

This concept has been applied in cases where the offence was one in which *mens rea* is an element. Indeed that is the only way in which *mens rea* can be established against a corporation. See *R. v. Fane Robinson Ltd.*[13], where Ford J. found at p. 415:

> In my opinion George Robinson and Emile Fielhaber were the acting and directing will of Fane Robinson Ltd. generally and in particular in respect of the subject-matter of the offences with which it is charged, that their culpable intention (*mens rea*) and their illegal act (*actus reus*) were the intention and the act of the company and that conspiracy to defraud and obtaining money by false pretences are offences which a corporation is capable of committing.

As appears from *R. v. City of Sault Ste. Marie*[14], this concept will also apply where in a proper case the accused corporation pleads the defence of due diligence. See also the *Tesco Supermarkets* case, *supra*, where the determination to be made was whether the manager to whose fault the offence was attributable could be said to be "another person" within the meaning of the exculpatory clause.

This however is not such a case. It is not a case where *mens rea* must be established and can only be established by imputing or attributing to a corporation the mind and will of its officers or employees. Neither is it a case where the corporation pleads due diligence and must prove the act which forms the basis of the offence was not that

[13] [1941] 3 D.L.R. 409.
[14] [1978] 2 S.C.R. 1299.

La prétention de l'intimée, nous l'avons vu, est que si le gérant est cité comme témoin, puisqu'il est l'âme dirigeante de la compagnie, c'est la compagnie elle-même qui est citée comme témoin de la seule manière dont une compagnie accusée peut être appelée à témoigner, ce qui la prive du privilège de ne pas répondre à son propre procès.

Pour appuyer cette prétention, l'intimée doit faire entrer en jeu la notion de l'âme dirigeante par laquelle la personne ainsi désignée ne fait qu'un avec la compagnie et en vertu de laquelle ce qui peut lui être imputé ou attribué peut l'être à la compagnie.

Cette notion a été appliquée dans des affaires où la *mens rea* est un élément de l'infraction. En fait, c'est la seule manière d'établir la *mens rea* d'une compagnie. Voir *R. v. Fane Robinson Ltd.*[13], où le juge Ford conclut à la p. 415:

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que George Robinson et Emile Fielhaber sont l'âme dirigeante de Fane Robinson Ltd. de façon générale et en particulier en ce qui concerne l'objet des infractions dont elle est accusée, que leur intention coupable (*mens rea*) et leur acte illégal (*actus reus*) sont l'intention et l'acte de la compagnie et que le complot pour frauder et obtenir de l'argent par de faux semblants sont des infractions qu'une compagnie est capable de commettre.

Comme il ressort de l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*[14], cette notion s'applique également lorsque, dans un cas approprié, la corporation accusée avance le moyen de défense de diligence raisonnable. Voir également l'arrêt *Tesco Supermarkets*, précité, où il s'agissait de savoir si le gérant responsable de l'infraction pouvait être considéré comme une «autre personne» au sens de la disposition d'exonération.

Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce. Ce n'est pas une affaire où l'on doit établir la *mens rea* et où l'on ne peut l'établir qu'en imputant ou attribuant à une compagnie l'intention et la volonté de ses dirigeants ou employés. Ce n'est pas non plus une affaire où la compagnie plaide la diligence raisonnable et où elle doit prouver que

[13] [1941] 3 D.L.R. 409.
[14] [1978] 2 R.C.S. 1299.

of the corporation but that of another person. I fail to see on what ground the concept of "directing mind and will" could be extended to apply to a situation such as the present one with the result that an employee of a corporation would not be compellable to testify on behalf of the prosecution while the same person in the same position and vested with the same authority would be compellable were his employer an individual person.

To emphasize the proximity of the manager to the corporation, reference was made by the respondent to s. 90(1) of the *Canada Grain Act*, stressing that the "manager" is liable himself to be charged under the Act. Section 90(1) is as follows:

90. (1) Any manager of an elevator, or any other employee or agent of the operator or licensee of an elevator, who does any act or thing directed to the commission of an offence under this Act by the operator or licensee of the elevator is himself a party to and guilty of the offence.

In my opinion, the fact that the manager like any other employee or agent of the operator who does any act or thing directed to the commission of an offence is himself a party and guilty of the offence, rather tends to show that the manager is, for the purposes of prosecution, a distinct person who could of course, as acknowledged by the appellant, seek for himself the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

Finally, I believe that Arnup J.A. in *Corning Glass*, *supra*, has aptly distinguished evidence given on an examination for discovery by a person produced by a corporation and evidence given at trial by an employee or officer of that corporation. On discovery, such an employee or officer is the corporation (*Lea v. City of Medicine Hat*[15], *Welsback Incandescent v. New Sunlight*[16], *Goodbun v. Mitchell*[17]).

[15] [1917] 2 W.W.R. 789.
[16] [1900] 2 Ch. 1.
[17] [1928] 3 D.L.R. 709.

l'acte qui constitue le fondement de l'infraction n'est pas l'acte de la compagnie, mais celui d'une autre personne. Je n'arrive pas à voir en vertu de quoi la notion de «l'âme dirigeante» pourrait être étendue de façon à s'appliquer à une situation comme celle en l'espèce de sorte qu'un employé d'une compagnie ne pourrait pas être contraint à témoigner pour la poursuite alors que la même personne dans la même situation et investie du même pouvoir pourrait l'être si son employeur était une personne physique.

Pour faire ressortir les liens étroits qui existent entre le gérant et la compagnie, l'intimée a renvoyé au par. 90(1) de la *Loi sur les grains du Canada* et souligné que le «gérant» est lui-même susceptible d'être accusé en vertu de la Loi. Voici le texte du par. 90(1):

90. (1) Tout gérant d'un élévateur, ou tout autre employé ou mandataire de l'exploitant ou du titulaire de permis d'un élévateur qui fait quelque acte ou chose en vue de la commission d'une infraction en vertu de la présente loi par l'exploitant ou le titulaire de permis de l'élévateur est partie à l'infraction et en est coupable.

A mon avis, le fait que le gérant, comme tout autre employé ou mandataire de l'exploitant qui fait quelque acte ou chose en vue de la perpétration d'une infraction, est lui-même partie à l'infraction et en est coupable, tend plutôt à démontrer qu'aux fins de la poursuite, le gérant est une personne distincte qui pourrait évidemment, l'appelante le reconnaît, se prévaloir personnellement de la protection qu'accorde l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Enfin, je crois que le juge Arnup dans l'arrêt *Corning Glass*, précité, a établi une distinction fort à propos entre le témoignage rendu au cours de l'interrogatoire préalable par une personne représentant une compagnie et le témoignage rendu à l'audience par un employé ou dirigeant de cette compagnie. A l'interrogatoire préalable, cet employé ou ce dirigeant est la compagnie (*Lea v. City of Medicine Hat*[15], *Welsback Incandescent v. New Sunlight*[16], *Goodbun v. Mitchell*[17]).

[15] [1917] 2 W.W.R. 789.
[16] [1900] 2 Ch. 1.
[17] [1928] 3 D.L.R. 709.

Arnup J.A. states at pp. 208-209:

In my view, there are fundamental differences between evidence given on examination for discovery of a person produced by a corporation for that purpose and evidence given at trial by a witness who is an officer or employee of that corporation. On discovery, the witness literally speaks for the corporation. He has been described, as long ago as 1902, as the "mouthpiece" of the corporation: *Morrison v. Grand Trunk R. Co.* (1902), 5 O.L.R. 38, 2 C.R.C. 398. The term was adopted, with reference to a servant of the corporation, by Roach, J., in *Fisher v. Pain et al.*, [1938] O.W.N. 74 at p. 76, [1938] 2 D.L.R. 753*n*. As pointed out by Grant, J., if such a witness does not know the answer to a relevant question, he must inform himself from others employed by the corporation or from its records. Conversely, he may be examined only as to matters coming to his knowledge as an officer of the corporation. Knowledge which he has acquired otherwise than as such officer cannot be explored: *Fisher v. Pain, supra.*

At the trial, a witness subpoenaed to give evidence, who happens to be a servant, officer or even president and controlling shareholder of a corporate accused, is not called upon to speak "for" the corporation. He is not its "mouthpiece". He is required to testify as to all relevant facts within his knowledge, whether those facts were acquired by him during his employment or term of office or were acquired in circumstances completely unrelated to the corporation. He is in no different position from a witness who had been in complete charge of the corporation's affairs for many years, but has retired before the charge against it was laid. Both must tell what they know, so far as it is relevant and admissible. Both are entitled to all the protection that is available to any witness, and in particular, the protection against self-incrimination found in both the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1952, c. 307, and the Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1960, c. 125.

At trial the corporation is not a witness. It is not being "self-incriminated" because one of its managers is giving damaging evidence in the witness-box.

With this I agree. It follows that the cases relied on by the respondent relating to the privilege against self-crimination in examinations for dis-

Le juge Arnup dit aux pp. 208-209:

[TRADUCTION] A mon avis, il y a des différences fondamentales entre le témoignage rendu au cours d'un interrogatoire préalable par une personne qu'une compagnie délègue à cette fin et le témoignage rendu à l'audience par un témoin qui est un dirigeant ou un employé de cette compagnie. A l'interrogatoire préalable le témoin parle pour ainsi dire pour la compagnie. Dès 1902, on l'a décrit comme le «porte-parole» de la compagnie: *Morrison v. Grand Trunk R. Co.* (1902), 5 O.L.R. 38, 2 C.R.C. 398. Ce mot a été adopté, à l'égard d'un préposé de la compagnie, par le juge Roach dans *Fisher v. Pain et al.*, [1938] O.W.N. 74, à la p. 76, [1938] 2 D.L.R. 753*n*. Comme l'a fait remarquer le juge Grant, si ce témoin ne connaît pas la réponse à une question pertinente, il doit s'informer auprès d'autres employés de la compagnie ou par une recherche dans les archives de la compagnie. Réciproquement, on ne peut l'interroger que sur les questions dont il a eu connaissance en qualité de dirigeant de la compagnie. On ne peut rien lui demander sur ce qu'il a appris à un autre titre: *Fisher v. Pain*, précité.

A l'audience, on ne demande pas au témoin assigné pour rendre témoignage, qui s'avère être préposé, dirigeant ou même président et actionnaire majoritaire d'une compagnie accusée, de parler «pour» la compagnie. Il n'est pas son «porte-parole». Il est requis de témoigner sur tous les faits pertinents qu'il connaît, qu'il les ait appris soit au cours de son emploi ou de son mandat, soit dans des circonstances tout à fait étrangères à la compagnie. Sa situation n'est pas différente de celle d'un témoin qui a été seul responsable des affaires de la compagnie pendant de nombreuses années, mais qui a pris sa retraite avant que l'accusation ne soit portée contre elle. Tous deux doivent dire ce qu'ils savent, pourvu que ce soit pertinent et admissible. Tous deux ont droit à la protection offerte à tout témoin, en particulier, à la protection contre l'auto-incrimination que l'on trouve à la fois dans la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1952, chap. 307, et *The Evidence Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, chap. 125.

A l'audience, la compagnie n'est pas un témoin. Elle n'est pas dans une situation où elle «s'auto-incrimine» parce qu'un de ses gérants rend un témoignage qui lui est défavorable.

Je partage cette façon de voir. Il s'ensuit que les arrêts invoqués par l'intimée relativement au privilège contre l'auto-incrimination au cours d'interro-

covery are inapplicable, *viz. Klein v. Bell*[18] and *Triplex Safety Glass Co. v. Lancezaye Safety Glass (1934) Ltd.*[19]

In concluding I note that the view I have taken is in accord with the jurisprudence of the Supreme Court of the United States. See *Hale v. Henkel*[20]; *Wilson v. U.S.*[21]; *Essgee Co. v. U.S.*[22]; *U.S. v. White*[23]; *U.S. v. Kordel*[24]; *Bellis v. U.S.*[25]

For the foregoing reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

[18] [1955] S.C.R. 309.
[19] [1939] 2 K.B. 395.
[20] 201 U.S. 43 (1906).
[21] 221 U.S. 361 (1911).
[22] 262 U.S. 151 (1923).
[23] 322 U.S. 694 (1944).
[24] 397 U.S. 1 (1970).
[25] 417 U.S. 85 (1974).

gatoires préalables ne sont pas applicables, voir *Klein c. Bell*[18] et *Triplex Safety Glass Co. v. Lancezaye Safety Glass (1934) Ltd.*[19]

Pour terminer, je fais remarquer que l'opinion que j'adopte est conforme à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis. Voir *Hale v. Henkel*[20]; *Wilson v. U.S.*[21]; *Essgee Co. v. U.S.*[22]; *U.S. v. White*[23]; *U.S. v. Kordel*[24]; *Bellis v. U.S.*[25]

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimée: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

[18] [1955] R.C.S. 309.
[19] [1939] 2 K.B. 395.
[20] 201 U.S. 43 (1906).
[21] 221 U.S. 361 (1911).
[22] 262 U.S. 151 (1923).
[23] 322 U.S. 694 (1944).
[24] 397 U.S. 1 (1970).
[25] 417 U.S. 85 (1974).

Dianne Joyce Lewis (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Robert J. Todd and Dorothy McClure (*Defendants*) *Respondents*;

and

The Canadian Provincial Insurance Company (*Third Party*).

1980: February 25; 1980: October 28.

Present: Laskin C. J. and Dickson, Beetz, Estey and McIntyre JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Negligence — Liability — General damages — Constable killed at scene of accident on well-lighted thoroughfare where ample flashing lights were in evidence — Constable in centre of road when struck — Whether or not constable contributed to his death by his own negligence — Whether or not Ontario Court of Appeal erred in reducing quantum of damages awarded at trial under The Fatal Accidents Act (Ontario) from $195,000 to $62,500.

Appellant's husband, Constable Lewis, while investigating a traffic accident, was struck and fatally injured by a motor vehicle owned by Dorothy McClure and driven by her son Robert J. Todd. The accident occurred near midnight at a major intersection on a well-lighted four lane thoroughfare; the road surface was bare and slightly damp. Two other police officers, who assisted in directing traffic while hydro lines were being repaired, left the scene and Constable Lewis continued his investigation near the centre line. He wore the dark regulation uniform. The flashing lights and four way flashers of the police car and hydro vehicles at the scene were clearly visible for over a quarter of a mile. Two main questions arose in this appeal: (i) whether Constable Lewis contributed to his death by his own negligence and (ii) whether the Ontario Court of Appeal erred in reducing the quantum of damages awarded by the trial judge under *The Fatal Accidents Act* (Ontario) from $195,000 to $62,500.

Held: The appeal should be allowed.

Dianne Joyce Lewis (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

Robert J. Todd et Dorothy McClure (*Défendeurs*) *Intimés*;

et

La Compagnie d'assurance canadienne provinciale (*Tiers appelé*).

1980: 25 février; 1980: 28 octobre.

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

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

Responsabilité civile — Responsabilité — Dommages-intérêts généraux — Agent de police tué sur les lieux d'un accident sur une artère bien éclairée par des feux clignotants largement visibles — Agent de police au milieu de la chaussée au moment où il est heurté — A-t-il contribué à sa mort par sa propre négligence? — La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle erré en réduisant le montant des dommages-intérêts accordés en première instance en vertu de The Fatal Accidents Act (Ontario) de $195,000 à $62,500?

Le mari de l'appelante, l'agent de police Lewis, enquêtait sur un accident de la circulation, quand il fut heurté et mortellement blessé par une automobile appartenant à Dorothy McClure et conduite par son fils Robert J. Todd. L'accident s'est produit peu avant minuit sur une artère à quatre voies à une intersection principale réglée par des feux de circulation. La chaussée était dégagée et légèrement humide. Les deux agents de police qui dirigeait la circulation pendant les travaux de réparation des câbles électriques sont partis laissant l'agent Lewis poursuivre l'enquête le long de la ligne centrale. Il portait l'uniforme foncé réglementaire des policiers. Les feux clignotants et les clignotants d'avertissement de la police et du véhicule de l'hydro étaient nettement visibles d'une distance de plus d'un quart de mille. Deux questions principales se posent dans ce pourvoi: (i) l'agent Lewis a-t-il contribué à sa mort par sa propre négligence? et (ii) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant de $195,000 à $62,500 le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance en vertu de *The Fatal Accidents Act*, (Ontario)?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The constable did not depart from police practice and was not negligent in continuing his investigation on the road without assistance. The constable's duty of care was less than that of a pedestrian for there were circumstances which should have alerted other drivers to the presence of police officers on the highway. There was evidence upon which the trial judge could find that the constable did not fail to keep a proper lookout and that he had not been negligent in continuing his investigation as he had.

The discount rate was normally a factual issue which turned on the evidence advanced in individual cases, as there was no authority by which the Court could legislate a fixed discount rate applicable for all cases. The Court of Appeal erred in treating the discount rate adopted in *Arnold v. Teno* as, virtually, a matter of law, turning to the evidence only to determine whether there was "a basis" for adopting a similar rate. The Court should have commenced its inquiry with the finding of the trial judge and the evidence adduced at trial, and should have left those findings undisturbed if supported on the evidence. The "trilogy" was available for guidance on basic questions of principle. Although productivity was not raised as a factor in the "trilogy", it was an appropriate component of a damage award in a proper case. There was ample evidence to support the trial judge's finding.

The tax impact upon the dependency and the earnings from the award was disregarded because of exceptional circumstances in the case. This holding was not to be taken as derogating from the principle enunciated in *Keizer v. Hanna and Buch*, that income tax should be deducted from the deceased's income in calculating the annual dependency.

In principle, there was no reason why a court should not recognize and give effect to those contingencies, good or bad, which might reasonably be foreseen, but the courts were not justified in imposing an automatic contingency deduction. The court must attempt to evaluate the probability of the occurrence of the stated contingency. Since the actuarial tables projected a joint life expectancy but not a working expectancy for the deceased, it was appropriate to take into account general contingencies mentioned by the trial judge. Any evidence that took the deceased's situation outside the "average" should have been considered—whether there were features of which no account had been taken in the actuarial tables either because the factor was entirely

L'agent ne s'est pas écarté des pratiques de la police et n'a pas commis de négligence en poursuivant son enquête sur la route sans aide. L'obligation de l'agent de police d'assurer sa propre sécurité est moindre que celle incombant à un piéton puisqu'il y avait certaines circonstances qui auraient dû prévenir les autres automobilistes de la présence d'agents de police sur la route. La preuve permettait au juge de première instance de conclure que l'agent de police n'a pas failli à l'obligation de vigilance et qu'il n'a pas commis de négligence en poursuivant son enquête comme il l'a fait.

Le taux d'actualisation est une question de fait qui dépend de la preuve soumise dans chaque cas et il n'y a aucune jurisprudence qui permettrait à cette Cour d'imposer un taux d'actualisation déterminé, applicable à tous les cas. La Cour d'appel a commis une erreur en considérant le taux d'actualisation retenu dans l'arrêt *Arnold c. Teno* comme virtuellement une question de droit et en n'examinant la preuve que pour déterminer s'il y avait «un fondement» pour retenir un taux semblable ici. La Cour aurait dû commencer par examiner la conclusion du juge de première instance et la preuve soumise en première instance, et elle aurait dû laisser ces conclusions intactes si elles étaient appuyées par la preuve. La «trilogie» était là pour servir de guide sur les questions de principe fondamentales. Même si le facteur de productivité n'a pas été invoqué dans la «trilogie», c'est une composante valable du calcul des dommages-intérêts dans un cas approprié. Des éléments de preuve appuient la conclusion du juge de première instance.

On ne tient pas compte de l'incidence fiscale tant sur le montant du soutien que sur l'intérêt produit par l'indemnité vu les circonstances exceptionnelles. Cette conclusion ne doit pas être considérée comme une dérogation aux principes énoncés dans l'arrêt *Keizer c. Hanna et Buch*, portant que l'impôt sur le revenu doit être déduit du revenu du défunt dans le calcul du montant annuel nécessaire au soutien.

En principe, rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal tienne compte des éventualités prévisibles, qu'elles soient favorables ou défavorables, mais les tribunaux ne peuvent automatiquement faire un abattement au titre des éventualités. Le tribunal doit essayer d'évaluer dans quelle mesure une éventualité donnée peut se réaliser. Puisque les tables actuarielles donnent l'espérance de vie commune, mais non l'espérance de vie active du défunt, il est raisonnable de tenir compte d'éventualités générales comme celles mentionnées par le juge de première instance. Une preuve quelconque qui fait sortir la situation du défunt de la «moyenne» devrait être considérée—s'il y a des particularités dont les tables actuarielles ne tiennent pas compte, soit parce qu'il s'agit d'un facteur

personal to the individual or because the "average" was not adopted for the category or class to which the person belonged, *e.g.* police officers. Since the Court of Appeal's decision to change the contingency deduction made at trial was made without any stated reason as to why the trial judge's determination was not appropriate, the trial judge's finding must be restored.

The question of collateral benefits and the award of loss of guidance and training to the children did not need to be addressed.

The calculations of the actuary and of the trial judge contemplated the setting up of a fund at the date of judgment which, invested at a normal rate of 8.25 per cent, would provide the plaintiff with the amount to which they were entitled. The delay of over four and one-half years from the date of the judgment meant that interest which should have accumulated upon, and formed an essential element in the computation of the award had not been received by the plaintiff. The 8.25 per cent from the date of the judgment at trial was not awarded as interest but as part of the award. The trial judge properly declined to make an award of interest in respect of the period between the date of the accident and the date of the judgment.

Stein v. The Ship "Kathy K", [1976] 2 S.C.R. 802; *Keizer v. Hanna and Buch*, [1978] 2 S.C.R. 342; *Arnold v. Teno*, [1978] 2 S.C.R. 287; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Livingstone v. The Rawyards Coal Company* (1880), 5 App. Cas. 25; *Fenn v. City of Peterborough* (1978), 25 O.R. (2d) 399, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], altering a judgment of Henry J. Appeal allowed.

E. A. Cherniak, Q.C., and *M. A. Sanderson*, for the plaintiff, appellant.

M. N. Ellis, Q.C., and *I. M. Thompson*, for the defendants, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The unfortunate accident which gave rise to these proceedings occurred at about 12:20 a.m. on February 11, 1972 when Constable Donald H. Lewis of the Metropolitan Toronto

[1] (1979), 5 C.C.L.T. 167.

entièrement personnel soit parce que la «moyenne» n'est pas adaptée à la catégorie ou à la classe à laquelle appartient la personne, p. ex. les agents de police. Vu que la Cour d'appel a changé l'abattement au titre des éventualités fait en première instance et que cela a été fait sans expliquer pourquoi le choix du juge de première instance n'est pas valable, la conclusion du juge de première instance doit être rétablie.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la question des prestations accessoires ni celle à l'indemnité accordée aux enfants pour perte de conseils et de formation.

Les calculs de l'actuaire et du juge de première instance envisagent la constitution, à la date du jugement, d'un fonds qui, investi au taux d'intérêt nominal de 8.25 pour cent, assurerait à la demanderesse le montant auquel elle a droit. Le délai de plus de quatre ans et demi depuis la date du jugement signifie que la demanderesse n'a pas reçu l'intérêt que l'indemnité aurait produit et qui forme un élément essentiel du calcul de cette indemnité. Ce n'est pas à titre d'intérêt mais comme partie de l'indemnité que la Cour accorde un intérêt de 8.25 pour cent à partir de la date du jugement de première instance. Le juge de première instance a refusé à bon droit de faire courir l'intérêt entre la date de l'accident et celle du jugement.

Jurisprudence: *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Keizer c. Hanna et Buch*, [1978] 2 R.C.S. 342; *Arnold c. Teno*, [1978] 2 R.C.S. 287; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Mallett v. McMonagle*, [1970] A.C. 166; *Livingstone v. The Rawyards Coal Company* (1880), 5 App. Cas. 25; *Fenn v. City of Peterborough* (1978), 25 O.R. (2d) 399.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a modifié un jugement du juge Henry. Pourvoi accueilli.

E. A. Cherniak, c.r., et *M. A. Sanderson*, pour la demanderesse, appelante.

M. N. Ellis, c.r., et *I. M. Thompson*, pour les défendeurs, intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le malheureux accident qui a donné lieu à ces procédures s'est produit vers 0 h 20 le 11 février 1972 alors que l'agent Donald H. Lewis de la force policière du Toronto métropo-

[1] (1979), 5 C.C.L.T. 167.

Police Force, while investigating a traffic accident which had occurred earlier, was struck and fatally injured by a motor vehicle owned by Dorothy McClure and driven by her son Robert J. Todd. Two main questions arise in this appeal (i) whether Constable Lewis contributed to his death by his own negligence and (ii) whether the Ontario Court of Appeal erred in reducing the quantum of damages awarded by the trial judge under *The Fatal Accidents Act*, R.S.O. 1970, c. 164, as amended, from $195,000 to $62,250.

I

Liability

Just prior to midnight on the evening of February 10 and 11, Lewis, a first class constable of ten years experience, was called, while on duty, to investigate an accident in which a vehicle had skidded and struck a hydro pole, breaking it off at the top. The accident had occurred on a four-lane thoroughfare at a major intersection controlled by traffic lights. The roadway was well lighted by mercury street lamps. Hydro wires had fallen across the road and a hydro crew had been dispatched to the scene. Lewis, with officers Blatchford and Tweedell, directed traffic while the repairs were effected. Blatchford and Tweedell departed at 12:15 a.m. Constable Lewis proceeded alone with the investigation. A hydro service truck (operating its headlights, four way flashers, clearance lights on cab roof and sideview mirrors, two rotating flashing amber lights and two searchlights), a hydro supervisor's car (with four way flashers) and a police cruiser car (with red flashing dome light and four way flashers) were present at the scene. There was a "profusion of lights", illuminating, but distracting. These lights and the scene generally were clearly visible from over one-quarter of a mile away. The road was bare and slightly damp; the weather was clear and cold.

Constable Lewis was garbed, as required, in a dark policeman's uniform, which had luminous

litain, qui enquêtait sur un accident de la circulation survenu plus tôt, a été heurté et mortellemen blessé par une automobile appartenant à Dorothy McClure et conduite par son fils Robert J. Todd. Deux questions principales se posent dans ce pouvoi: (i) l'agent Lewis a-t-il contribué à sa mort par sa propre négligence? et (ii) la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en réduisant de $195,000 à $62,250 le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance en vertu de *The Fatal Accidents Act*, R.S.O. 1970, chap. 164, et modifications?

I

La responsabilité

Peu avant minuit, dans la nuit du 10 au 11 février, Lewis, un agent de police de première classe ayant dix ans d'expérience, a été appelé, alors qu'il était de service, pour faire enquête sur un accident au cours duquel une automobile a dérapé et heurté un poteau électrique dont la partie supérieure s'est cassée. L'accident s'est produit sur une artère à quatre voies à une intersection principale réglée par des feux de circulation. La chaussée était bien éclairée par des lampes au mercure. Des câbles électriques étaient tombés en travers de la rue et une équipe de l'hydro avait été envoyée sur les lieux. Lewis, avec l'aide des agents Blatchford et Tweedell, dirigeait la circulation pendant les travaux de réparation. Blatchford et Tweedell sont partis à 0 h 15. L'agent Lewis a poursuivi l'enquête seul. Un camion de service de l'hydro (dont les phares, les clignotants d'avertissement, les feux de gabarit sur le toit et sur les rétroviseurs latéraux, les deux feux rotatifs jaunes et les deux projecteurs étaient allumés), le véhicule du surveillant de l'hydro (avec ses clignotants d'avertissement) et une auto-patrouille (avec son feu rotatif rouge et ses clignotants d'avertissement) étaient sur les lieux. Il y avait une «profusion de lumière» qui éclairait mais distrayait l'attention. Ces lumières et les lieux en général étaient nettement visibles d'une distance de plus d'un quart de mille. La chaussée était dégagée et légèrement humide; le temps était clair et froid.

L'agent Lewis portait l'uniforme réglementaire des policiers, une tenue foncée garnie de bandes

stripes on it. He continued the investigation, walking along the centre line of the roadway. Two witnesses travelling the road that night in their car, Mr. and Mr. Burgess, happened upon him in the middle of the road. They passed within two feet of him. He had his head down, examining the road surface and did not look up. Mrs. Burgess testified that she had difficulty in seeing the road ahead due to the flashing lights; therefore, she had slowed her speed to a crawl. She said she could have stopped her car to avoid the officer if necessary.

Moments after the Burgess vehicle passed, Constable Lewis was struck by the car driven by Todd, thrown into the air and carried seventy-five feet. Todd did not brake or even slow his speed. Five hundred feet beyond the point at which Lewis' body came to rest, Todd stopped the car. Constable Lewis died that day as a result of the injuries suffered.

The trial judge, Henry J., after a careful and exhaustive review of the evidence, found that Todd had not discharged the onus of satisfying the Court that he did not, by his negligence, cause or contribute to the death of Constable Lewis. On the contrary, the judge found, the evidence established positively that Todd was negligent in the operation of his motor vehicle. He was driving while fatigued having had virtually no sleep in the previous thirty-eight hours. He was proceeding at too great a speed having regard to the warning lights on the hydro vehicles and the police cruiser. He failed to reduce his speed and prepare to stop when he knew or ought to have known from the flashing lights that there was the likelihood of danger on the road ahead. He failed to keep a proper lookout. These findings of the trial judge were amply supported by the evidence, and have not since been challenged.

The trial judge then turned his attention to one of the issues raised in the present appeal, namely, whether the injuries and death of Constable Lewis were contributed to by any negligence on his part. Was he the author of his own misfortune? Again, the trial judge, carefully and in the best tradition, reviewed the evidence, and held that Constable

lumineuses. Il a poursuivi l'enquête, marchant le long de la ligne centrale de la chaussée. Deux témoins qui circulaient cette nuit-là à bord de leur automobile, M. et Mme Burgess, l'ont aperçu à la dernière minute au milieu de la route. Ils sont passés à deux pieds de lui. Il regardait par terre, examinant la chaussée, et n'a pas levé les yeux. Mme Burgess a témoigné qu'elle avait eu de la difficulté à voir la route devant elle en raison des feux clignotants; elle a donc ralenti au pas. Elle a dit qu'au besoin, elle aurait pu s'arrêter pour éviter l'agent de police.

Quelques instants après le passage du véhicule des Burgess, l'agent Lewis a été heurté par une voiture conduite par Todd; il a été projeté dans les airs à soixante-quinze pieds de là. Todd n'a pas freiné ni même ralenti. Il a arrêté son véhicule à cinq cents pieds de l'endroit où le corps de Lewis est tombé. L'agent Lewis est décédé le même jour des suites des blessures.

En première instance, après un examen minutieux et complet de la preuve, le juge Henry a conclu que Todd ne s'était pas acquitté du fardeau de prouver à la satisfaction de la cour qu'il n'avait pas, par sa négligence, causé la mort de l'agent Lewis ou qu'il n'y avait pas contribué. Au contraire, le juge a conclu que la preuve établissait nettement que Todd avait été négligent dans sa façon de conduire. Il conduisait alors qu'il était fatigué, n'ayant pratiquement pas dormi depuis trente-huit heures. Sa vitesse était excessive compte tenu des clignotants d'avertissement sur les véhicules de l'hydro et sur l'auto-patrouille. Il n'a pas ralenti et ne s'est pas préparé à s'arrêter alors qu'il savait ou aurait dû savoir d'après les feux clignotants qu'il y avait vraisemblablement un danger sur la route devant lui. Il n'a pas été suffisamment vigilant. Ces conclusions du juge de première instance sont amplement appuyées par la preuve et n'ont pas été contestées depuis.

Le juge de première instance a ensuite examiné une des questions posées dans le présent pourvoi, savoir, si l'agent Lewis a, par sa négligence, contribué à ses blessures et à sa mort. A-t-il été l'artisan de son propre malheur? De nouveau, et dans la meilleure tradition, le juge de première instance a minutieusement examiné la preuve et a conclu que

Lewis was entitled to rely on the flashing lights on the vehicles to convey sufficient warning to traffic that activity was taking place in the area, including the road surface. He was entitled to assume that the warning would be heeded by motorists and that they would approach the scene with caution. He carried out the procedure normal in police investigations, having regard to the illumination and the warning lights, the weather conditions and the sparseness of traffic. The standards of experienced police officers in such circumstances did not call for added precautions on his part, such as the use of flares, the radar-light or the assistance of other police officers. The judge concluded that (i) Constable Lewis had a duty to take care for his own safety and he did so in accordance with the ordinary standards of police officers in the circumstances, (ii) the defendants had not discharged the onus of satisfying the Court on the balance of probabilities that Constable Lewis' injuries and death caused or contributed to by any negligence on his part.

The Ontario Court of Appeal came to a different conclusion. In the view of that Court Constable Lewis was contributorily negligent in that he failed to keep a proper lookout, and in that he failed to avail himself of the two police officers who had been at the scene to have them control traffic while he continued his investigation at the scene. The Court did not discuss the evidence or the findings of the trial judge, nor did the Court point to any errors of the trial judge on the facts or in principle. The Court apportioned the negligence as 75 per cent against Todd and 25 per cent against Lewis.

When this appeal came on for argument the Court did not call upon the appellant to address the finding of contributory negligence but rather called upon the respondent to show on what basis the finding of the Court of Appeal could be sustained, having regard to the evidence and the findings of the trial judge. At the conclusion of argument on this point the Court did not feel it necessary to call upon counsel for the appellant to respond.

l'agent Lewis était en droit de considérer que les feux clignotants sur les véhicules prévenaient suffisamment bien les automobilistes qu'il se passait quelque chose à cet endroit, y compris sur la chaussée. Il pouvait présumer que les automobilistes tiendraient compte de l'avertissement et qu'ils s'approcheraient des lieux prudemment. Il a suivi la procédure normale dans les enquêtes policières, compte tenu de l'éclairage et des feux d'avertissement, des conditions atmosphériques et de la faible circulation. On ne peut exiger d'un agent de police expérimenté qu'il prenne, dans de telles circonstances, des précautions supplémentaires comme utiliser des fusées lumineuses, une lampe électrique, ou se faire aider par d'autres agents de police. Le juge a conclu que (i) l'agent Lewis avait l'obligation d'assurer sa propre sécurité et qu'il l'avait fait conformément aux normes ordinairement suivies par les agents de police dans ces circonstances, (ii) les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de convaincre la cour, selon la prépondérance des probabilités, que l'agent Lewis a, par sa propre négligence, contribué à ses blessures et à sa mort ou en a été la cause.

La Cour d'appel de l'Ontario est parvenue à une conclusion différente. Selon elle, il y a eu négligence contributive de la part de l'agent Lewis parce qu'il n'a pas été suffisamment vigilant et qu'il n'a pas confié aux deux agents de police qui s'étaient rendus sur les lieux le soin de diriger la circulation pendant qu'il poursuivait son enquête. La Cour n'a pas examiné la preuve ni les conclusions du juge de première instance et elle n'a relevé aucune erreur de fait ou de principe de ce dernier. La Cour a attribué 75 pour cent de la responsabilité à Todd et 25 pour cent à Lewis.

Au moment de l'audition de ce pourvoi, la Cour n'a pas demandé à l'appelante de plaider sur la conclusion de négligence contributive, mais a plutôt demandé à l'intimé d'établir sur quel fondement la conclusion de la Cour d'appel pouvait être confirmée, compte tenu de la preuve et des conclusions du juge de première instance. A la fin des plaidoiries sur cette question, la Cour n'a pas jugé nécessaire de demander à l'avocat de l'appelante de répondre.

It is trite law that an appellate court should not readily interfere with the findings of a trial judge, for reasons so often adumbrated but resting largely upon the advantage which a judge at trial enjoys over an appellate court, in having seen and heard the witnesses in the atmosphere of the arena. The most recent authoritative affirmation of this principle is to be found in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*[2]. Ritchie J. reviewed a number of cases which stand for the proposition that an appeal court ought not to reverse the conclusions of a trial judge, then added:

> These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at trial. [at p. 808]

The Court of Appeal found that Constable Lewis should not have continued unassisted with his investigation on the road. To do so was negligent. The evidence was, however, that Constable Lewis did not depart from police practice. The trial judge did not misapprehend the evidence, or ignore evidence which would have suggested that police standards required more than one officer at an accident. There was no evidence, then, to support the conclusion that Constable Lewis needed assistance and that he was negligent in not asking for it. Moreover, in the circumstances of light traffic, good visibility and flashing lights, Henry J. found that motorists were warned of the presence of officers on the road. He held that even without the assistance of other officers directing traffic, drivers should have been alerted to the dangers and should have decreased speed and proceeded cautiously.

As to the second point, namely a failure to keep a lookout, there is more difficulty. The evidence is

[2] [1976] 2 S.C.R. 802.

Il est de droit constant qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier facilement les conclusions d'un juge de première instance, et ce pour des raisons qui ont été bien souvent cernées; le motif principal est l'avantage dont jouit le juge de première instance qui, contrairement à une cour d'appel, voit et entend les témoins dans l'atmosphère du tribunal. L'arrêt le plus récent qui affirme ce principe est *Stein et autres c. Le navire «Kathy K»*[2]. Le juge Ritchie a examiné plusieurs arrêts qui appuient la proposition qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier les conclusions d'un juge de première instance, et a ajouté:

> On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès. [à la p. 808]

La Cour d'appel a jugé que l'agent Lewis n'aurait pas dû poursuivre son enquête sur la route sans aide. C'était de la négligence que d'agir ainsi. Toutefois, la preuve établit que l'agent Lewis ne s'est pas écarté de la pratique de la police. Le juge de première instance n'a pas mal interprété la preuve ni laissé de côté des éléments de preuve qui auraient indiqué que les normes policières exigeaient qu'il y ait plus d'un agent de police sur les lieux d'un accident. Alors, aucune preuve n'appuyait la conclusion que l'agent Lewis avait besoin d'aide et qu'il a été négligent en n'en demandant pas. De plus, compte tenu de la faible circulation, de la bonne visibilité et des feux clignotants, le juge Henry a conclu que les automobilistes étaient prévenus de la présence d'agents de police sur la route. Il a jugé que même sans l'aide d'autres agents de police pour diriger la circulation, les automobilistes auraient dû être attentifs aux dangers, ralentir et conduire prudemment.

Le deuxième point, savoir la vigilance insuffisante, présente plus de difficulté. La preuve est

[2] [1976] 2 R.C.S. 802.

consistent with the conclusion that Constable Lewis paid no heed whatever, to oncoming traffic. He should have been aware of approaching traffic. There is conflict as to his location on the road and as to the direction in which he faced when struck, although Henry J. inferred that he had been struck from behind, in the legs.

The respondent argues that Henry J. erred in dealing with the officer's conduct according to the standard of police officers. The duty to take care for one's safety, it is said, can be no less than that of a pedestrian in the circumstances. In my view, it is incorrect, on these facts, to liken Constable Lewis to a pedestrian. There were circumstances here which should have alerted other drivers to the presence of police officers on the highway. There was evidence upon which Henry J. could find that Constable Lewis was not negligent in continuing the investigation as he had. The trial judge did not apply the standard of care wrongly; he did not misapprehend the evidence; there was neither palpable nor overriding error in his judgment. I would allow the appeal on this issue and restore the judgment at trial as to liability.

II

Quantum of Damages

Dianne Joyce Lewis, the widow of Constable Lewis, made claim on behalf of herself and her three children pursuant to the provisions of *The Fatal Accidents Act*. The judge at trial assessed the loss of dependency for Mrs. Lewis and her children at $175,000 and, in addition, awarded the sum of $20,000 to the children under the head of "Loss of Moral Education, Guidance and Training". The Court of Appeal reduced the general damages for loss of dependency from $175,000 to $63,000 and, by a majority, left the award of $20,000 intact. The Court then reduced the $83,000 award by 25 per cent to $62,250 having found Constable Lewis to be 25 per cent responsible for his own death.

compatible avec la conclusion que l'agent Lewis ne s'est pas du tout soucié de la circulation. Il aurait dû être conscient de la circulation qui venait vers lui. Il y a conflit quant à l'endroit où il se trouvait sur la route et son orientation au moment où il a été heurté, bien que le juge Henry ait déduit qu'il avait été heurté par l'arrière, au niveau des jambes.

L'intimé prétend que le juge Henry a commis une erreur en jugeant la conduite de l'agent de police d'après les normes policières. Il allègue que l'obligation d'un agent d'assurer sa propre sécurité ne peut être moindre que celle incombant à un piéton dans les circonstances. A mon avis, il est incorrect, compte tenu de ces faits, d'assimiler l'agent Lewis à un piéton. Certaines circonstances en l'espèce auraient dû prévenir les autres automobilistes de la présence d'agents de police sur la route. La preuve permettait au juge Henry de conclure que l'agent Lewis n'a pas été négligent en poursuivant son enquête comme il l'a fait. Le juge de première instance ne s'est pas trompé dans l'application des normes de prudence; il n'a pas mal interprété la preuve; son jugement n'est pas entaché d'erreur manifeste ou dominante. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur cette question et de rétablir le jugement de première instance quant à la responsabilité.

II

Le montant des dommages-intérêts

Dianne Joyce Lewis, la veuve de l'agent Lewis, a présenté une réclamation en son nom et au nom de ses trois enfants conformément aux dispositions de *The Fatal Accidents Act*. Le juge de première instance a évalué la perte de soutien pour Mme Lewis et ses enfants à $175,000 et, de plus, a accordé un montant de $20,000 aux enfants au titre de la [TRADUCTION] «Perte d'éducation morale, de conseils et de formation». La Cour d'appel a réduit de $175,000 à $63,000 les dommages-intérêts généraux pour perte de soutien et, par une majorité, a laissé intacte l'indemnité de $20,000. La Cour a ensuite réduit de 25 pour cent l'indemnité de $83,000, la portant à $62,250, ayant conclu que l'agent Lewis était responsable à 25 pour cent de sa propre mort.

At the time of the accident Constable Lewis was 32 years of age and his wife 27 years. The children ranged in age from 9 years to 5 years.

a) At Trial

The trial judge took the following approach, as I understand it, in assessing the dependency claim of each family member. He first determined the average gross income for the year 1971-72, which for a constable such as Constable Lewis was $14,100. He found that $4,880 or 40 per cent of the family income (*i.e.* of $12,000 in 1970) was allocated to the personal and living expenses of Constable Lewis. In reaching this conclusion he relied upon the family budget. He deducted Lewis' share of the expense of carrying the house for mortgage interest, taxes, insurance and utilities. Food, clothing and transportation expenses of Constable Lewis were calculated according to the evidence led at trial. No deduction was made in respect of income tax. Making the adjustment for the increased gross income of 1972, Henry J. assessed the annual value of the family's dependency at $8,460, *i.e.* 60 per cent of $14,100.

The annual amount had to be capitalized over the joint life expectancy of Constable Lewis and his wife, as well as Constable Lewis and his children. At the date of the accident, the joint life expectancy of the spouses was 36 years and 5 months, and actuarial evidence of the temporary life expectancy of Lewis with his children (*i.e.* the number of years to termination of dependency at eighteen years of age) was adduced.

Henry J. accepted the evidence of the appellant's actuary, Mr. Segal, who calculated the present value of a joint life annuity of $1,000 per year, over the lives of Mrs. Lewis and her husband. The calculation was based upon an interest rate of 8.25 per cent "the current rate available on high grade investments for long term duration". The judge expressly accepted the evidence of Mr. Segal as to the interest rate. To create in 1972, an annuity of $1,000 per year, during the period of the joint life expectancy, a sum of $11,412 was

Au moment de l'accident, l'agent Lewis était âgé de 32 ans et son épouse de 27 ans. Les enfants étaient âgés de 9 à 5 ans.

a) En première instance

Si je comprends bien, le juge de première instance a adopté la méthode suivante pour évaluer la réclamation de soutien de chaque membre de la famille. Il a d'abord déterminé le revenu brut moyen pour l'année 1971-1972, lequel s'élevait à $14,100 pour un agent de police comme l'agent Lewis. Il a conclu qu'un montant de $4,880, soit 40 pour cent du revenu familial (c.-à-d. $12,000 en 1970), était consacré aux dépenses personnelles et aux frais de subsistance de l'agent Lewis. Il est parvenu à cette conclusion en s'appuyant sur le budget familial. Il a déduit la part de Lewis dans les dépenses d'entretien de la maison, comme l'intérêt sur l'hypothèque, les taxes, l'assurance et les services publics. Les dépenses de nourriture, d'habillement et de transport de l'agent Lewis ont été calculées selon la preuve fournie au procès. Aucune déduction n'a été faite au titre de l'impôt sur le revenu. En procédant au rajustement du revenu brut augmenté pour 1972, le juge Henry a évalué les frais de soutien de la famille à $8,460, c.-à-d. 60 pour cent de $14,100.

Le montant annuel devait être capitalisé compte tenu de l'espérance de vie commune de l'agent Lewis et de son épouse, et de l'agent Lewis et de ses enfants. Au jour de l'accident, l'espérance de vie commune des conjoints était de 36 ans et 5 mois, et on a produit une preuve actuarielle de l'espérance de vie temporaire de Lewis avec ses enfants (c.-à-d. le nombre d'années avant leur majorité, à dix-huit ans).

Le juge Henry a accepté la preuve de l'actuaire de l'appelante, M. Segal, qui a calculé la valeur actualisée d'une rente de $1,000 par année, pendant la durée de la vie commune de Mme Lewis et de son mari. Le calcul est fondé sur un taux d'intérêt de 8.25 pour cent, [TRADUCTION] «le taux courant disponible pour des investissements de premier ordre à long terme». Le juge a expressément accepté le témoignage de M. Segal quant au taux d'intérêt. En 1972, il fallait un montant de $11,412 pour créer une rente annuelle de $1,000

needed. For the deceased and each of his children, the present value of a temporary joint life annuity of $1,000 per year was as follows:

Constable Lewis and his daughter Leona	$ 6,494
Constable Lewis and his daughter Wendy	$ 7,738
Constable Lewis and his son Randy	$ 8,216
TOTAL	$22,448

The joint life annuity, as above, was calculated in the absence of any adjustment for future increases in the cost of living or for 'productivity', *i.e.* the upward trend of incomes over the forecast period, or more realistically referred to as 'effective collective bargaining'. It became necessary, then, to factor in such adjustments. Economic evidence concerning the projected rate of inflation was given. It was summarized in this way by the trial judge:

> Dr. J. J. Singer, a consulting economist, whose qualifications I accept, has studied trends in inflation and productivity and advises business clients with respect to these factors. He explained that the consumer price index, based on 1961 = 100, has risen in 1974 to 166.8 on a national basis and that for 1975, it will in his opinion rise by a further 10 per cent or 11 per cent. The anti-inflation programme of the federal government and Parliament aims at decreasing the present rate of inflation to 6 per cent in 1977 and 4 per cent in 1978 at which point the objective is that it should level off. In his opinion, the economy could tolerate annual inflation at a maximum rate of 5 to 8 per cent on a continuing basis.

On the basis of an 8.25 per cent interest rate, and an "increase factor" of 6 per cent (4 per cent for inflation and 2 per cent for productivity) the present value on February 11, 1972 of annuities of $1,000 were as undermentioned:

Joint life of Mr. and Mrs. Lewis to age 65	$22,241
Joint life of Mr. and Mrs. Lewis after age 65	$ 5,610

pendant la période d'espérance de vie commune. Voici quelle était la valeur actualisée d'une rente annuelle temporaire de $1,000 pendant la vie commune du père et de chacun de ses enfants:

L'agent Lewis et sa fille Leona	$ 6,494
L'agent Lewis et sa fille Wendy	$ 7,738
L'agent Lewis et son fils Randy	$ 8,216
TOTAL	$22,448

La rente annuelle fondée sur la vie commune a, comme dans le cas précédent, été calculée sans aucun rajustement pour les augmentations futures du coût de la vie ou pour la [TRADUCTION] «productivité», c.-à-d. la tendance à la hausse des revenus pendant la période visée, ou ce que l'on désigne de façon plus réaliste comme [TRADUCTION] «la négociation collective efficace». Il s'imposait donc de faire ces rajustements. On a soumis une preuve de nature économique sur le taux d'inflation projeté. Voici le résumé qu'en a fait le juge de première instance:

> [TRADUCTION] M. J. J. Singer, un économiste-conseil, dont j'admets la compétence, a étudié la courbe de l'inflation et de la productivité et conseille ses clients dans les affaires à cet égard. Il a expliqué que l'indice des prix à la consommation, fixé à 100 en 1961, a atteint 166.8 sur une base nationale en 1974, et qu'en 1975, il augmentera encore de 10 ou 11 pour cent. Le programme anti-inflation du gouvernement fédéral et du Parlement vise à réduire le présent taux d'inflation à 6 pour cent en 1977 et à 4 pour cent en 1978 après quoi on vise à le stabiliser. A son avis, l'économie pourrait tolérer une inflation annuelle continue d'un taux maximum de 5 à 8 pour cent.

En considérant un taux d'intérêt de 8.25 pour cent, et un [TRADUCTION] «facteur d'indexation» de 6 pour cent (4 pour cent pour l'inflation et 2 pour cent pour la productivité), la valeur actualisée au 11 février 1972 des rentes annuelles de $1,000 était la suivante:

Vie commune de M. et Mme Lewis jusqu'à l'âge de 65 ans	$22,241
Vie commune de M. et Mme Lewis après l'âge de 65 ans	$ 5,610

Joint life of each child to age 18

Leona	$ 7,242
Wendy	$ 9,511
Randy	$10,553

On the base dependency of the family for 1972 (*i.e.* $8,460), the widow would have received $6,500 and each child $720. Upon his retirement at age 65, the widow would have been entitled to 60 per cent of Lewis' gross salary of $13,000 or $7,800. Though Constable Lewis probably would have spent more on himself with the passage of time, 'that is supposition and not evidence'. The present value capitalized over the life expectancy and discounted as above, was multiplied by the dependency factor for each dependent, with this result:

Constable and Mrs. Lewis (up to age 65)		
$22,241 × 6.5	=	$144,566.50
After age 65		
$5,610 × 7.8	=	$ 43,758.00
For the children		
$27,306 × .72	=	$ 19,660.32
Global Amount		$207,984.82

Henry J. disallowed a claim for loss of interest on the capital sum between the date of the accident and the time of trial. The result would be, in his view, unfairly to provide interest to the plaintiff at the expense of the defendants.

The global award had to be adjusted to account for two further factors: (a) contingencies and (b) collateral benefits which the family received as a result of the death. Henry J. referred to a number of contingencies. He held:

> I consider it realistic to take into account the risk of premature death inherent in Constable Lewis's occupation as a police constable and to make some adjustment for it.

He made no adjustment, however, to the average life expectancy, for the surviving wife and children. Certain contingencies affecting the deceased's employment were relevant—"dismissal, lay-off, reduction in the wage level ... accident or unforeseen illness". The remarriage of the appellant was not a relevant contingency. His conclusion as to the appropriate contingency factor was, as follows:

Vie commune de chacun des enfants jusqu'à l'âge de 18 ans

Leona	$ 7,242
Wendy	$ 9,511
Randy	$10,553

Sur la base du soutien assuré à la famille en 1972 (c.-à-d. $8,460), la veuve aurait reçu $6,500 et chacun des enfants $720. A la retraite de M. Lewis à l'âge de 65 ans, la veuve aurait eu droit à 60 pour cent de son salaire brut de $13,000, soit $7,800. Bien qu'il soit probable que l'agent Lewis aurait dépensé davantage pour lui-même avec le temps, [TRADUCTION] «il ne s'agit là que d'une supposition et non d'un élément prouvé». La valeur actuelle, capitalisée selon l'espérance de vie et réduite comme susmentionné, a été multipliée par le «facteur de soutien» de chaque personne à charge, ce qui a donné le résultat suivant:

L'agent Lewis et Mme Lewis (jusqu'à l'âge de 65 ans)		
$22,241 × 6.5	=	$144,566.50
Après l'âge de 65 ans		
$5,610 × 7.8	=	$ 43,758.00
Pour les enfants		
$27,306 × .72	=	$ 19,660.32
Montant total		$207,984.82

Le juge Henry a rejeté une réclamation pour perte d'intérêt sur le capital entre la date de l'accident et celle du procès. A son avis, cela aurait pour effet d'accorder injustement de l'intérêt à la demanderesse aux dépens des défendeurs.

L'indemnité globale devait être rajustée pour tenir compte de deux autres facteurs: a) les éventualités et b) les prestations accessoires que la famille a reçues suite au décès. Le juge Henry a mentionné plusieurs éventualités. Il a conclu:

> [TRADUCTION] Il me semble réaliste de tenir compte du risque de décès prématuré de l'agent Lewis compte tenu de ses fonctions d'agent de police et de faire un rajustement en conséquence.

Toutefois il n'a fait aucun rajustement de l'espérance de vie de l'épouse survivante et de ses enfants. Certaines éventualités relatives aux fonctions du défunt étaient pertinentes—[TRADUCTION] «renvoi, mise-à-pied, baisse du niveau de salaire ... accident ou maladie imprévue». Le remariage de l'appelante n'était pas une éventualité pertinente. Voici sa conclusion sur le facteur des éventualités à retenir:

This factor [contingencies] must be assessed according to the evidence and circumstances in each case and it must also be borne in mind that all contingencies do not necessarily work against the interest of the Plaintiff.

Making allowance for these factors, I consider that the global amount . . . should be reduced to $190,000.00.

The judge deducted approximately $18,000 or less than 10 per cent for adverse contingencies.

No deductions were made for certain collateral financial benefits received by the dependents as a result of Constable Lewis' death, namely, Canada Pension Plan, Workmen's Compensation benefits, payments under the contributory pension plan of the Metropolitan Toronto Police Force, the value of the matrimonial home which passed to Mrs. Lewis on the death of her husband.

Deductions were, however, made in respect of certain direct benefits totalling $14,850. Counsel for the plaintiff at trial conceded that the first two items were properly deductible:

Metropolitan Toronto Police Widows and Orphans Fund (no dispute)	$12,000
Death Benefit (no dispute)	$ 550
Cash & Other Property (acceleration on $2,500)	$ 2,300
	$14,850

The result was to reduce the global amount from $190,000 to $175,000.

Although urged to do so, Henry J. refused to allow an additional amount for the severe emotional suffering of Mrs. Lewis and the children, though he did make an allowance of $20,000 in apportioned sums, to the children for the loss of the guidance and training of their father. He held:

The evidence in this case is that Constable Lewis was a kind and loving father, who devoted himself when he could to the welfare of his children and would have continued to do so at the expense of his own personal hobbies and recreation. I therefore allow the following amounts:—

[TRADUCTION] Ce facteur [les éventualités] doit être évalué selon la preuve et les circonstances de chaque cas et il faut également se rappeler que toutes les éventualités ne sont pas nécessairement défavorables aux intérêts de la demanderesse.

En tenant compte de ces facteurs, je considère que le montant global . . . devrait être ramené à $190,000.

Le juge a déduit environ $18,000, soit moins de 10 pour cent, au titre des éventualités défavorables.

Rien n'a été déduit au titre des prestations accessoires qu'ont reçues les personnes à charge suite au décès de l'agent Lewis, savoir le Régime de pensions du Canada, les prestations d'accident du travail, les paiements en vertu d'un régime de pensions à participation de force policière du Toronto métropolitain, la valeur de la maison familiale dont Mme Lewis est devenue propriétaire au décès de son mari.

Toutefois, des déductions ont été effectuées relativement à certaines prestations directes s'élevant à $14,850. En première instance, l'avocat de la demanderesse a admis que les deux premiers postes étaient effectivement déductibles:

Metropolitan Toronto Police Widows and Orphans Fund (non contesté)	$12,000
Prestation de décès (non contestée)	$ 550
Argent comptant et autres biens (paiement anticipé sur $2,500)	$ 2,300
	$14,850

Ainsi le montant global a été réduit de $190,000 à $175,000.

Bien qu'on l'ait pressé de le faire, le juge Henry a refusé d'accorder un montant supplémentaire pour les souffrances émotionnelles graves de Mme Lewis et des enfants; il a toutefois accordé une indemnité de $20,000 qu'il a partagée entre les enfants pour la perte de conseils et de formation de leur père. Il a conclu:

[TRADUCTION] En l'espèce, la preuve établit que l'agent Lewis était un père bon et affectueux qui se consacrait au bien-être de ses enfants lorsqu'il le pouvait et qui aurait continué de le faire aux dépens de ses propres loisirs et divertissements. J'accorde donc les montants suivants:—

In the result, general damages in the amount of $195,000 were awarded as follows:

Mrs. Lewis		$122,500
Leona	$12,250 plus $5,000	$ 17,250
Wendy	$19,250 plus $7,000	$ 26,250
Randy	$21,000 plus $8,000	$ 29,000

b) On Appeal

i) The Court of Appeal noted that no deduction had been made for income tax calculating the disposable income of the deceased as the trial judge had decided the case before release of this Court's judgment in *Keizer v. Hanna and Buch*[3]. The Court of Appeal accordingly made such a deduction and applied a 15 per cent tax rate. Subtracting the incidence of income tax, and the 40 per cent which Constable Lewis would have absorbed from his net annual income, the family was left with a disposable income of $6,345. The children's share of $720 as found by Henry J. on the basis of $8,460 per year, remained constant. Mrs. Lewis' share up until retirement, dropped from $6,500 to $4,185 per annum. After retirement, she would share in 50 per cent (or $6,500) of the pension income of $13,000. No reason is given for altering the finding of Henry J. that she would enjoy 60 per cent of the post-retirement income. Moreover, it may be noted that the Court of Appeal did not deduct income tax from the pension income, as it did on the pre-retirement earnings.

ii) The Court also observed that the trial judge had had to decide the case before the judgment of this Court in *Arnold v. Teno*[4]. Speaking for the Court, Jessup J.A., on the subject of discount rate stated "we think he [Henry J.] would have followed that precedent, particularly as in the evidence before him there was a basis for adopting a discount rate of 7 per cent". The Court of Appeal made the

[3] [1978] 2 S.C.R. 342.
[4] [1978] 2 S.C.R. 287.

En définitive, un montant de $195,000 a été accordé comme suit au titre des dommages-intérêts généraux:

Mme Lewis		$122,500
Leona	$12,250 plus $5,000	$ 17,250
Wendy	$19,250 plus $7,000	$ 26,250
Randy	$21,000 plus $8,000	$ 29,000

b) En appel

i) La Cour d'appel a fait remarquer qu'on n'avait rien déduit au titre de l'impôt sur le revenu dans le calcul du revenu disponible du défunt puisque la décision du juge de première instance est antérieure à l'arrêt de cette Cour, *Keizer c. Hanna et Buch*[3]. Par conséquent, la Cour d'appel a effectué cette déduction et a appliqué un taux d'impôt de 15 pour cent. En soustrayant l'incidence fiscale et les 40 pour cent du revenu annuel net que l'agent Lewis aurait dépensés pour lui-même, un revenu disponible de $6,345 restait à la famille. La part des enfants, que le juge Henry a fixée à $720 pour un total de $8,460 par année, est demeurée la même. La part de Mme Lewis, jusqu'à l'âge de la retraite, a été réduite de $6,500 à $4,185 par année. Après la retraite elle aurait droit à 50 pour cent (ou $6,500) de la pension de $13,000. La Cour n'a pas motivé la modification des conclusions du juge Henry portant qu'elle aurait reçu 60 pour cent du revenu postérieur à la retraite. De plus on peut souligner que la Cour d'appel n'a pas déduit l'impôt sur le revenu de la pension comme elle l'a fait pour le revenu antérieure à la retraite.

ii) La Cour a également fait remarquer que le juge de première instance avait dû rendre sa décision avant l'arrêt de cette Cour, *Arnold c. Teno*[4]. Parlant au nom de la Cour relativement au taux d'actualisation, le juge Jessup a dit [TRADUCTION] «nous croyons qu'il [le juge Henry] aurait appliqué ce précédent, d'autant plus qu'on avait mis en preuve devant lui qu'un taux d'actualisation de 7

[3] [1978] 2 R.C.S. 342.
[4] [1978] 2 R.C.S. 287.

calculation found below, using a 7 per cent rate, to reach the following global award:

> Adopting such a rate results in a global award of $71,405, which might be rounded out to $71,500, calculated as follows: husband and wife income before age 65—$12,162 × 4.2 equals $51,080; husband and wife after age 65—$392 × 6.5 equals $2,548; Leona—$7,143 × .72 equals $5,142; Wendy—$8,512 × .72 equals $6,128; Randy—$9,038 × .72 equals $6,507—total—$71,405.

iii) The Court added an amount of $15,000 to cover the impact of taxation on the income produced from the award.

iv) A contingency deduction of 10 per cent or $8,500 was imposed.

v) The collateral benefits of $15,000 were deducted.

vi) Two members of the Court (Jessup and Wilson JJ.A.) supported the allowance of $20,000 to the children for the loss of the guidance and training they would have received from their father; one member of the Court (Lacourciere J.A.) would have disallowed the $20,000 item on the ground that no special consideration justified an award for loss of guidance, which, as a separate head of pecuniary damages, was tantamount to awarding double compensation.

In the result, the plaintiff's damages were reduced from $195,000 to $63,000 which, after giving effect to the reduction due to the finding of contributory negligence, was reduced to $47,250, apportioned $34,000 to Mrs. Lewis, $3,300 to Leona, $4,300 to Wendy and $5,650 to Randy. In addition 75 per cent of $20,000, *i.e.* $15,000 was awarded for loss of guidance and training, making a total award of $62,250.

III

Before considering the various adjustments made by the Court of Appeal there are several threshold comments I should like to make.

pour cent serait approprié». La Cour d'appel a fait le calcul suivant, compte tenu d'un taux de 7 pour cent pour parvenir à l'indemnité globale suivante:

> [TRADUCTION] Adoptant un tel taux on obtient une indemnité globale de $71,405 qui peut être arrondi à $71,500, selon le calcul suivant: revenu mari et femme répartie comme suit: avant l'âge de 65 ans—$12,162 × 4.2 donne $51,080; mari et femme après l'âge de 65 ans—$392 × 6.5 donne $2,548; Leona—$7,143 × .72 donne $5,142; Wendy—$8,512 × .72 donne $6,128; Randy—$9,038 × .72 donne $6,507—total—$71,405.

iii) La Cour a ajouté un montant de $15,000 au titre de l'incidence fiscale sur le revenu généré par cette indemnité.

iv) Une déduction au titre des éventualités de 10 pour cent ou $8,500 a été imposée.

v) Les prestations accessoires de $15,000 ont été déduites.

vi) Deux membres de la Cour (les juges Jessup et Wilson) se sont déclarés en faveur de l'indemnité de $20,000 accordée aux enfants pour la perte de conseils et de formation qu'ils auraient reçus de leur père; un membre de la Cour (le juge Lacourcière) aurait refusé les $20,000 à ce titre pour le motif qu'aucune raison particulière ne justifiait une indemnité pour perte de conseils laquelle, en tant que chef distinct de dommages-intérêts, équivalait à accorder une double indemnité.

En définitive, les dommages-intérêts de la demanderesse ont été réduits de $195,000 à $63,000, et, après le rajustement auquel a donné lieu la conclusion de négligence contributive, ce montant a été réduit à $47,250, dont $34,000 ont été accordés à Mme Lewis, $3,300 à Leona, $4,300 à Wendy et $5,650 à Randy. Un montant de $15,000 a été ajouté pour la perte de conseils et de formation, soit 75 pour cent de $20,000, pour une indemnité totale de $62,250.

III

Avant d'examiner les divers rajustements faits par la Cour d'appel, j'aimerais d'abord faire quelques remarques préliminaires.

First, when the Court sought to illuminate some of the dark crannies of the law of personal injury compensation, in three judgments delivered on January 19, 1978, sometimes referred to as the "trilogy", one question was uppermost, the standard of future care. As the headnote to *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*[5], states "The paramount issue to be decided was whether in a case of total or near-total disability the future care of the victim should be in an institutional or a home care environment". A number of other issues were canvassed in the several judgments but these were of secondary importance. It was well recognized that the treatment of these other issues depended in large measure upon the evidence adduced in the particular cases and the findings thereon in the courts below. The full development and "fine tuning" of these issues would await further cases. The present case affords the first such opportunity.

Second, counsel for the appellant has advanced in his factum many contentions which, if accepted in their entirety, would result in a global award greater than that of the trial judge. It should be noted, however, that the relief sought is simply restoration of the trial judgment, with interest.

Third, the award of damages is not simply an exercise in mathematics which a judge indulges in, leading to a "correct" global figure. The evidence of actuaries and economists is of value in arriving at a fair and just result. That evidence is of increasing importance as the niggardly approach sometimes noted in the past is abandoned, and greater amounts are awarded, in my view properly, in cases of severe personal injury or death. If the Courts are to apply basic principles of the law of damages and seek to achieve a reasonable approximation to pecuniary *restitutio in integrum* expert assistance is vital. But the trial judge, who is required to make the decision, must be accorded a large measure of freedom in dealing with the evidence presented by the experts. If the figures lead to an award which in all the circumstances

[5] [1978] 2 S.C.R. 229.

Premièrement, lorsque la Cour a entrepris d'éclaircir certains aspects obscurs du droit aux dommages-intérêts pour blessures corporelles, dans trois arrêts rendus le 19 janvier 1978 que l'on appelle parfois la «trilogie», la question primordiale était celle du type de soins futurs. Comme on le lit dans le sommaire de l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*[5], «La question principale à régler en l'espèce est de savoir si dans un cas d'invalidité totale ou presque totale, la victime devrait recevoir les soins nécessaires dans une institution ou à domicile». Plusieurs autres questions ont été examinées dans ces différents arrêts, mais elles étaient d'importance secondaire. Il est bien admis que l'examen de ces autres questions dépend largement de la preuve soumise dans chacune des affaires et des conclusions des cours d'instance inférieure. Le développement complet et la «mise au point» de ces questions devaient attendre que d'autres occasions se présentent. Cette affaire est la première de ces occasions.

Deuxièmement, l'avocat de l'appelante a soumis dans son mémoire plusieurs prétentions qui assureraient une indemnité globale supérieure à celle accordée par le juge de première instance si nous les retenions intégralement. Toutefois, il faut souligner que le redressement demandé n'est que le rétablissement du jugement de première instance avec intérêt.

Troisièmement, l'adjudication de dommages-intérêts n'est pas un simple exercice mathématique auquel se livre un juge et qui produit un chiffre global «exact». Les témoignages d'actuaires et d'économistes ont leur importance pour arriver à un résultat juste et équitable. L'importance de cette preuve s'accroît à mesure que l'on s'éloigne de la parcimonie dont on a parfois fait preuve dans le passé, et que des montants plus élevés sont adjugés, à bon droit à mon avis, dans les cas de blessures corporelles graves ou de décès. Si les tribunaux doivent appliquer les principes fondamentaux du droit aux dommages-intérêt et chercher à assurer une remise en état pécuniaire aussi proche de la réalité que possible, il est essentiel de faire appel à des experts. Mais il faut accorder au juge de première instance, qui doit prendre la

[5] [1978] 2 R.C.S. 229.

seems to the judge to be inordinately high it is his duty, as I conceive it, to adjust those figures downward; and in like manner to adjust them upward if they lead to what seems to be an unusually low award.

Fourth, it might be observed, though this should hardly be necessary, that a court, in our adversarial system, is largely confined to the evidence adduced at trial, and to argument related thereto. In the "trilogy" the evidence was in some respects not as complete as one might have wished. Since then the periodic literature has abounded with economic facts and theories which were not before the Court in any of the three earlier cases, nor indeed in the case at bar.

IV

a) Discount Rate

It is clear that the discount rate is a critical factor in determining quantum in any fatal accident, or serious personal injury, litigation. Some confusion seems to have attended this Court's acceptance of a 7 per cent discount rate in the "trilogy" and a 6½ per cent rate in *Keiser v. Hanna and Buch, supra*. Some courts have interpreted the question of discount rate as a matter of law and have applied the 7 per cent rate utilized in the trilogy. Others have given effect to the Court's statement in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd., supra,* that, "The result in future cases will depend upon the evidence adduced in those cases" (at p. 259) and have felt free to depart from the 7 per cent figure. It is important, I think, that the Court affirm the principle that the discount rate is normally a factual issue which will turn on the evidence advanced in individual cases.

It would be useful to recall precisely the function which the "discount rate" is intended to serve. In the case of a fatal accident the Court is

décision, une grande liberté dans l'examen de la preuve présentée par les experts. Si le juge estime que le montant des dommages-intérêts dicté par les chiffres est, dans les circonstances, déraisonnablement élevé, il doit, à mon avis, ajuster ces chiffres à la baisse; de même, il doit les ajuster à la hausse si l'indemnité qu'ils indiquent est anormalement faible.

Quatrièmement, est-il besoin de souligner que dans notre système contradictoire, un tribunal est dans une large mesure limité à la preuve soumise en première instance et aux plaidoiries qui s'y rattachent. Dans la «trilogie», la preuve à certains égards n'était pas aussi complète qu'on aurait pu le souhaiter. Depuis, les périodiques regorgent de faits et de théories économiques qui n'avaient été soumis à la Cour dans aucune de ces trois affaires, ni d'ailleurs en l'espèce.

IV

a) Le taux d'actualisation

Il est évident que le taux d'actualisation est un facteur critique dans la détermination du montant des dommages-intérêts dans un litige relatif à un accident qui a entraîné la mort ou des blessures corporelles graves. L'acceptation par cette Cour d'un taux d'actualisation de 7 pour cent dans la «trilogie» et de 6½ pour cent dans l'arrêt *Keizer c. Hanna et Buch*, précité, semble avoir entraîné une certaine confusion. Certains tribunaux ont interprété la question du taux d'actualisation comme une question de droit et ont appliqué le taux de 7 pour cent utilisé dans la trilogie. D'autres ont donné effet à la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, précité, que «Le chiffre adopté à l'avenir, dans d'autres affaires, variera en fonction de la preuve soumise» (à la p. 259) et se sont senties libres de ne pas appliquer le taux de 7 pour cent. Il est important, à mon avis, que la Cour affirme le principe que le taux d'actualisation est normalement une question de fait qui dépend de la preuve soumise dans chaque cas.

Il serait utile de rappeler exactement la fonction que le «taux d'actualisation» est censé remplir. Dans le cas d'un accident mortel, le tribunal cher-

endeavouring to compensate the dependents of the deceased for loss of a future stream of income which the dependents might have expected to receive but for the death of the deceased. As it is not open to a court, in the absence of enabling legislation, to order periodic payments adjusted to future needs, the dependents receive immediately a capital sum roughly approximating the present value of the income they would have received had the deceased survived. They are able to invest this capital sum and earn interest thereon. A proportion of the interest received may be offset by the effect of inflation. To the extent that the interest payments exceed the rate of inflation, there is conferred on the dependents, through payment today of a stream of future income, a benefit which can be expressed as the "real rate of return". There would clearly be enrichment of the plaintiff at the expense of the defendant if the court did not take this benefit into account in making an award. Accordingly, the court applies a so-called "discount factor", *i.e.* the real rate of return which the plaintiff can expect to receive on the damage award. This is what the Court was suggesting in *Andrews* when it was stated "The approach which I would adopt, therefore, is to use present rates of return on long-term investments and to make some allowance for the effects of future inflation". (at p. 258)

It has been suggested at various times that there is no need for a court to hear evidence on expected rates of interest and inflation as the relationship between these two factors and thus the real rate of return is constant. (See generally Gibson, "Repairing the Law of Damages"[6]; Braniff and Pratt, "Tragedy in the Supreme Court of Canada: New Developments in the Assessment of Damages for Personal Injuries"[7].) Such an approach has been termed the "Lord Diplock approach" or "modified Lord Diplock approach", following *Mallett v. McMonagle*[8].

I know of no authority by which this Court, if so minded, could legislate a fixed discount rate, appli-

[6] (1978), 8 Man. L.J. 637, 651.
[7] (1979), 37 U.T. Fac. L. Rev. 1, 26.
[8] [1970] A.C. 166.

che à indemniser les personnes à la charge du défunt de la perte de la source de revenu future qu'ils pouvaient espérer recevoir n'eût été le décès. Comme il n'est pas loisible à un tribunal, en l'absence d'une loi habilitante, d'ordonner des paiements périodiques rajustés selon les besoins futurs, les personnes à charge reçoivent immédiatement un capital qui se rapproche autant que possible de la valeur actuarielle du revenu qu'elles auraient reçu si ce décès n'était pas survenu. Elles peuvent investir ce capital et lui faire produire de l'intérêt. Une partie de l'intérêt reçu peut servir à contrer les effets de l'inflation. Dans la mesure où les paiements d'intérêt excèdent le taux d'inflation, les personnes à charge reçoivent, en raison du paiement immédiat d'une source de revenu futur, un avantage que l'on peut désigner comme le «taux réel de rendement». Il y aurait nettement enrichissement du demandeur aux dépens du défendeur si le tribunal n'en tenait pas compte en calculant l'indemnité. Par conséquent, le tribunal applique ce qu'on appelle un «facteur d'actualisation», c.-à-d. le taux réel de rendement que le demandeur peut espérer recevoir sur l'indemnité. C'est ce que la Cour a proposé dans l'arrêt *Andrews* en disant «Par conséquent, j'opte pour la méthode suivante: j'utiliserai les taux de rendement actuels des investissements à long terme et prévoirai une marge suffisante pour contrer les effets de l'inflation future». (à la p. 258)

On a prétendu à diverses occasions qu'une cour n'a pas besoin d'entendre de témoignages sur les taux d'intérêt et d'inflation prévus puisque le rapport entre ces deux facteurs et, partant, le taux réel de rendement, est constant. (Voir en général Gibson, «Repairing the Law of Damages»[6]; Braniff and Pratt, «Tragedy in the Supreme Court of Canada: New Developments in the Assessment of Damages for Personal Injuries»[7]. On a baptisé cette théorie de «théorie de lord Diplock» ou de «théorie modifiée de lord Diplock», suite à l'arrêt *Mallett v. McMonagle*[8].

Je ne connais aucune jurisprudence qui permettrait à cette Cour, si elle le désirait, d'imposer un

[6] (1978), 8 Man. L.J. 637, 651.
[7] (1979), 37 U.T. Fac. L. Rev. 1, 26.
[8] [1970] A.C. 166.

cable for all cases. Even if such authority were present, I would be loathe to exercise it in the present case. At trial, the plaintiff called one economist and one actuary to give evidence on future trends in inflation and interest rates. It would be irresponsible for this Court to make an immutable pronouncement on a complex issue on the basis of such limited evidence. The findings made herein should, in justice, only bind the parties to the present litigation.

The principle remains that, absent legislation (see *The Judicature Amendment Act, 1979,* 1979 (Ont.), c. 65, s. 6(5)) which directs the manner of calculating discount rate (*e.g.* by setting a figure or by pegging the interest rate to return on specific investment vehicles and inflation to a particular index), the discount rate will vary according to the expert testimony led at trial.

This does not mean that there will never be any uniformity in the selection of discount rate. As litigants in these cases produce more thorough and rigorous economic data and as the judiciary becomes more familiar with this data, a certain uniformity will no doubt emerge.

As I have earlier indicated, the trial judge selected 8.25 per cent as the reasonable rate of return for high-grade investments of long-term duration. This was balanced against inflation (4 per cent) and yielded a real rate of return of 4.25 per cent. A productivity factor of 2 per cent was then introduced. The Court of Appeal did not deal at any length with the evidence on this issue. Rather, it overturned the trial judge's finding on the sole basis that this Court had adopted a 7 per cent discount rate in *Teno v. Arnold, supra,* and there was "a basis" for adopting a similar rate in the present case. In imposing a 7 per cent discount rate, the Court of Appeal did not explicitly state the assumptions which supported such figure. It is not clear, for example, whether the Court was eliminating the 2 per cent productivity factor included by the trial judge; nor is it clear what nominal rate of return the Court considered the plaintiff would receive through investment of the

taux d'actualisation déterminé, applicable à tous les cas. Même si une telle jurisprudence existait, je serais opposé à son application en l'espèce. En première instance, la demanderesse a cité un économiste et un actuaire pour témoigner sur les tendances futures de l'inflation et des taux d'intérêt. Cette Cour pourrait être taxée d'irresponsabilité si elle faisait une déclaration intangible sur une question complexe en se fondant sur une preuve aussi limitée. Les conclusions en l'espèce devraient, en toute justice, ne lier que les parties au présent litige.

Le principe demeure qu'à défaut d'une loi (voir *The Judicature Amendment Act, 1979*, 1979 (Ont.), chap. 65, par. 6(5)) qui prescrit la façon de calculer le taux d'actualisation (c.-à-d. en fixant un chiffre ou en liant le taux d'intérêt au rendement d'investissements déterminés et l'inflation à un indice particulier), le taux d'actualisation variera selon le témoignage des experts au procès.

Cela ne signifie pas qu'il n'y aura jamais d'uniformité dans le choix d'un taux d'actualisation. A mesure que les parties à ces litiges produiront des données économiques plus complètes et plus précises et que les tribunaux se familiariseront avec elles, une certaine uniformité se dégagera sans aucun doute.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge de première instance a choisi 8.25 pour cent comme le taux raisonnable de rendement d'investissements de premier ordre à long terme. Une fois tenu compte de l'inflation (4 pour cent), ce taux procure un rendement réel de 4.25 pour cent. Un facteur de productivité de 2 pour cent a alors été introduit. La Cour d'appel ne s'est pas penchée longuement sur la preuve à cet égard. Elle a plutôt écarté les conclusions du juge de première instance pour le seul motif que cette Cour avait retenu un taux d'actualisation de 7 pour cent dans l'affaire *Teno c. Arnold*, précitée, et qu'il y avait [TRADUCTION] «un fondement» pour retenir un taux semblable en l'espèce. En imposant un taux d'actualisation de 7 pour cent, la Cour d'appel n'a pas énoncé explicitement les hypothèses qui appuyaient ce taux. Ainsi, on ne sait pas vraiment si la Cour a éliminé le facteur de productivité de 2 pour cent inclus par le juge de première instance;

damage award.

With respect, the Court of Appeal erred in treating the discount rate adopted in *Teno* as, virtually, a matter of law. The Court turned to the evidence in the case only to determine whether there was "a basis" for adopting a similar rate here. The Court should have commenced its inquiry with the finding of the trial judge and evidence adduced at trial, and should have left those findings undisturbed if supported on the evidence. The "trilogy" of cases was available for guidance on the basic questions of principle.

Turning to that evidence, it is true there was testimony which could have supported a higher discount rate. There was, however, ample evidence to support the trial judge's finding that inflation would run at approximately 4 per cent and long-term investment rates would average 8.25 per cent. Productivity was not raised as a factor in the "trilogy" but I consider it an appropriate component of a damage award in a proper case. There was evidence to support the 2 per cent figure selected by the trial judge.

In the result, I would reverse the judgment of the Court of Appeal on this point and restore the finding at trial.

b) Income Tax

The purpose of awarding damages in cases of fatal injury is to compensate the dependents for the loss suffered by the accident. This was stated a century ago by Lord Blackburn in *Livingstone v. The Rawyards Coal Company*[9] and repeated by this Court in *Andrews*:

> ... in settling the sum of money to be given for reparation of damages you should as nearly as possible get at

[9] (1880), 5 App. Cas. 25.

on ne sait pas clairement non plus quel taux nominal de rendement la Cour a considéré que la demanderesse recevrait en investissant le montant de l'indemnité.

Avec égards, la Cour d'appel a commis une erreur en considérant le taux d'actualisation retenu dans l'arrêt *Teno* comme virtuellement une question de droit. La Cour a ensuite examiné la preuve en l'espèce seulement pour déterminer s'il y avait «un fondement» pour retenir un taux semblable ici. La Cour aurait dû commencer par examiner la conclusion du juge de première instance et la preuve soumise en première instance, et elle aurait dû laisser ces conclusions intactes si elles étaient appuyées par la preuve. La «trilogie» était là pour servir de guide sur les questions de principe fondamentales.

Si l'on examine cette preuve, il est vrai que certains témoignages pouvaient appuyer un taux d'actualisation plus élevé. Toutefois, de nombreux éléments de preuve appuient la conclusion du juge de première instance que l'inflation se situerait à environ 4 pour cent et que les taux d'investissement à long terme seraient en moyenne de 8.25 pour cent. Le facteur de productivité n'a pas été invoqué dans la «trilogie», mais je considère que c'est une composante valable du calcul des dommages-intérêts dans un cas approprié. Des éléments de preuve appuient le taux de 2 pour cent choisi par le juge de première instance.

En définitive, je suis d'avis d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point et de rétablir la conclusion du juge de première instance.

b) L'impôt sur le revenu

L'indemnité accordée dans les cas de blessures mortelles vise à indemniser les personnes à charge de la perte subie en raison de l'accident. C'est ce que disait il y a un siècle lord Blackburn dans l'arrêt *Livingstone v. The Rawyards Coal Company*[9] et que cette Cour a répété dans l'arrêt *Andrews:*

> [TRADUCTION] ... il faut, au moment d'évaluer le montant des dommages-intérêts, déterminer avec le plus

[9] (1880), 5 App. Cas. 25.

that sum of money which will put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been in if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation. [at p. 241]

This principle of compensation formed the basis of the Court's holding in *Keizer v. Hanna and Buch, supra,* that income tax should be deducted from the deceased's income in calculating the annual dependency. Had the accident not occurred, the wage-earner would have paid taxes on his taxable income. Thus, if the tax factor is not included in computing the flow of income, the result is over-compensation of the plaintiff and violation of the principle of *restitutio in integrum.*

The Court of Appeal disposed of the tax question in the following manner. The Court first calculated the deceased's gross income, and then deducted the personal expenses of the deceased. The tax exigible on this sum was then estimated and deducted. The Court recognized that interest receipts on the damage award would be subject to tax and $15,000 was added to the award to cover this eventuality.

No reasons were given for selecting $15,000 to cover the impact of taxes on earnings from the damage award. No evidence was adduced on this issue at trial, as tax considerations were deemed irrelevant. Calculation of the tax impact on interest earnings upon a damage award is complex. Computation is impossible without the evidence of expert witnesses. As no such evidence is before this Court, tax factors could only be considered if the matter were referred back to the trial judge for a re-hearing on this issue. It is, however, now eight and one-half years since the accident. The dependents of Constable Lewis have yet to receive any compensation. To order more proceedings would result in further delay and in my view this would be intolerable. In light of these exceptional circumstances I would propose, as the only practical course, that the Court disregard the tax impact upon both the dependency and the earnings from the award. This holding is based on the peculiar facts of the present case and should not be taken as derogating in any way from the principles enun-

de précision possible la somme qui rétablira la partie blessée ou lésée dans la situation qui aurait été la sienne si elle n'avait pas subi le préjudice pour lequel elle obtient aujourd'hui une indemnisation ou compensation. [à la p. 241]

C'est sur ce principe d'indemnisation qu'est fondée la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Keizer c. Hanna et Buch,* précité, portant que l'impôt sur le revenu doit être déduit du revenu du défunt dans le calcul du montant annuel du soutien. Si l'accident n'était pas survenu, le salarié aurait payé des impôts sur son revenu imposable. Ainsi, si le facteur impôt n'est pas inclus dans le calcul du revenu, il en résulte une sur-indemnisation du demandeur et une violation du principe de la remise en état.

La Cour d'appel a tranché la question de l'impôt de la manière suivante. La Cour a d'abord calculé le revenu brut du défunt et a ensuite déduit ses dépenses personnelles. L'impôt exigible sur ce montant a ensuite été calculé et déduit. La Cour a reconnu que l'intérêt perçu sur l'indemnité serait imposable et elle lui a ajouté un montant de $15,000 au titre de cette éventualité.

Le choix du montant de $15,000 pour compenser l'incidence fiscale sur les intérêts produits par l'indemnité n'a pas été expliqué. Aucune preuve n'a été soumise sur cette question en première instance puisque les considérations fiscales n'ont pas été jugées pertinentes. Le calcul de l'incidence fiscale sur l'intérêt produit par une indemnité est complexe. Ce calcul est impossible sans le témoignage d'experts. Puisque aucune preuve de cette nature n'a été soumise à cette Cour, les considérations fiscales ne peuvent être examinées que si la question est renvoyée à un juge de première instance pour une nouvelle audition sur cette question. Toutefois, l'accident est survenu il y a huit ans et demi. Les personnes à charge de l'agent Lewis attendent toujours de recevoir une indemnité. Ordonner de nouvelles procédures entraînerait de nouveaux délais ce qui serait, à mon avis, intolérable. Compte tenu de ces circonstances exceptionnelles, la seule solution pratique à mon sens est que la Cour ne tienne pas compte de l'incidence fiscale tant sur le montant accordé au

ciated in *Keizer v. Hanna and Buch, supra.*

c) Contingencies

In principle, there is no reason why a court should not recognize, and give effect to, those contingencies, good or bad, which may reasonably be foreseen. This is not to say that the courts are justified in imposing an automatic contingency deduction. Not all contingencies are adverse. The court must attempt to evaluate the probability of the occurrence of the stated contingency. It is here that actuarial evidence may be of aid. I merely repeat what was said in *Andrews*:

> ... actuarial evidence would be of great help here. Contingencies are susceptible to more exact calculation than is usually apparent in the cases ... [at p. 253]

In this case the actuarial tables projected a joint life expectancy but not a working expectancy for the deceased; thus it was not inappropriate to take into account general contingencies such as those mentioned by the trial judge.

A trial judge should consider whether there is any evidence which takes the deceased's situation outside the 'average'; whether there are any features of which no account was taken in the actuarial tables, either because the factor is entirely personal to the individual or, because the 'average' is not adapted for the category or class to which the person belongs, *e.g.* police officers.

At trial, actuarial evidence on the probable life expectancy of Constable Lewis and his wife was adduced. There was no evidence with respect to any of the other contingencies considered by the trial judge. The trial judge resisted the temptation to use a "conventional figure of 20 per cent" and explicitly noted that "all contingencies do not necessarily work against the interest of the Plaintiff". In his judgment, less than 10 per cent should be deducted for adverse contingencies.

titre du soutien que sur l'intérêt produit par l'indemnité. Cette conclusion s'appuie sur les faits particuliers de l'espèce et ne devrait pas être considérées comme une dérogation aux principes énoncés dans l'arrêt *Keizer c. Hanna et Buch*, précité.

c) Les éventualités

En principe, rien ne s'oppose à ce qu'un tribunal tienne compte des éventualités prévisibles, qu'elles soient favorables ou défavorables. Cela ne signifie pas que les tribunaux peuvent automatiquement faire un abattement au titre des éventualités. Les éventualités ne sont pas toutes défavorables. Le tribunal doit essayer d'évaluer dans quelle mesure une éventualité donnée peut se réaliser. C'est ici que la preuve actuarielle peut être utile. Je ne fais que répéter ce qui a été dit dans l'arrêt *Andrews:*

> ... une preuve actuarielle serait ici d'une grande utilité. Il est possible d'évaluer les éventualités avec plus de précision qu'on ne le penserait ... [à la p. 253]

En l'espèce, les tables actuarielles donnent l'espérance de vie commune. mais non l'espérance de vie active du défunt; ainsi, il n'était pas déraisonnable de tenir compte d'éventualités générales comme celles mentionnées par le juge de première instance.

Un juge de première instance doit se demander s'il existe une preuve quelconque qui fait sortir la situation du défunt de la «moyenne»; s'il y a des particularités dont les tables actuarielles ne tiennent pas compte, soit parce qu'il s'agit d'un facteur entièrement personnel soit parce que la «moyenne» n'est pas adaptée à la catégorie ou à la classe à laquelle appartient la personne, p. ex. les agents de police.

On a présenté en première instance une preuve actuarielle sur l'espérance de vie probable de l'agent Lewis et de son épouse. Aucune preuve n'a été présentée relativement aux autres éventualités envisagées par le juge de première instance. Ce dernier a résisté à la tentation d'utiliser un [TRADUCTION] «taux conventionnel de 20 pour cent» et a expressément fait remarquer que [TRADUCTION] «toutes les éventualités ne sont pas nécessairement défavorables aux intérêts de la demanderesse». A son avis, il fallait déduire moins de 10 pour cent au titre des éventualités défavorables.

The Court of Appeal held that 10 per cent was an appropriate contingency deduction. This conclusion is stated without any reason as to why the determination of the trial judge was inappropriate. It may be that the Court was simply "rounding off" the deduction made by the trial judge. In the result, I would restore the finding of the trial judge.

d) Collateral Benefits

It would appear that the reduction for collateral benefits was not disputed at trial nor cross-appealed in the Court of Appeal. The appellant does not press the point other than to give greater strength to her submission that the trial award ought to be restored. Accordingly, I do not think it is necessary to address the question and I leave undisturbed, as did the Court of Appeal, the disposition of the trial judge.

e) Loss of Guidance and Training

As to the award of loss of guidance and training to the children, the same situation prevails.

f) Interest

The trial judge declined to make an award of interest in respect of the period between the date of the accident and the date of judgment and I would not disturb that ruling.

In this Court, the appellant asks that the judgment at trial be restored with interest on the award at the rate of 8.25 per cent from the date of judgment to the date of payment. The respondent submits that interest in the amount of 8.25 per cent ought not to be awarded on the judgment as, it is contended the interest on the damages has not been lost, only delayed. It is further argued that the damages are intended to produce an annual income for an estimated period of time and that the delay in receiving the award will only mean that the fund will last four years longer. This argument is fallacious. The calculations of the

La Cour d'appel a statué qu'un taux de 10 pour cent représentait un abattement adéquat au titre des éventualités. Elle arrive à cette conclusion sans expliquer pourquoi le choix du juge de première instance n'est pas valable. La cour voulait peut-être simplement «arrondir» l'abattement fait par le juge de première instance. En définitive, je suis d'avis de rétablir la conclusion du juge de première instance.

d) Les prestations accessoires

L'abattement au titre des prestations accessoires ne semble pas avoir été contesté en première instance et ni avoir fait l'objet d'un appel incident en Cour d'appel. L'appelante n'insiste sur ce point que pour donner plus de force à sa prétention que l'indemnité accordée en première instance devrait être rétablie. Par conséquent, je n'estime pas nécessaire d'examiner la question et, tout comme la Cour d'appel, je ne modifierai pas la décision du juge de première instance.

e) La perte de conseils et de formation

Relativement à l'indemnité accordée aux enfants pour perte de conseils et de formation, la même situation prévaut.

f) L'intérêt

Le juge de première instance a refusé de faire courir l'intérêt entre la date de l'accident et la date du jugement et je suis d'avis de ne pas modifier cette décision.

Devant cette Cour, l'appelante demande que le jugement de première instance soit rétabli avec intérêt sur l'indemnité au taux de 8.25 pour cent depuis la date du jugement jusqu'à la date du paiement. L'intimé prétend qu'on ne doit pas accorder un intérêt aux taux de 8.25 pour cent sur le montant accordé par jugement puisque, dit-il, cet intérêt n'est pas perdu, il n'est que retardé. Il prétend de plus que les dommages-intérêts visent à produire un revenu annuel pendant une période déterminée et que le retard à toucher cette indemnité signifie simplement que le fonds durera quatre années de plus. Cet argument est fallacieux. Les

actuary and of the trial judge contemplated the setting up of a fund at date of judgment which, invested at a nominal rate of interest of 8.25 per cent, would provide the dependents with the amount to which they were properly entitled. The delay of over four and one-half years from the date of judgment at trial to the present date has meant that interest which should have accumulated upon, and formed an essential element in the computation of, the award has not been received by plaintiff. The defendant has enjoyed the use of the moneys in the intervening period and earnings thereon.

Section 13 of the *Interest Act,* R.S.C. 1970, c. I-18, provides that "Every judgment debt shall bear interest at the rate of five per cent per annum until it is satisfied". Section 14 states, in part, that "Unless it is otherwise ordered by the court, such interest shall be calculated from the time of rendering of the verdict or of the giving of the judgment, as the case may be . . .". Section 52 of the *Supreme Court Act,* R.S.C. 1970, c. S-19, provides, in part, that "Unless otherwise ordered by the Court, a judgment of the Court bears interest at the rate and from the date applicable to the judgment in the same manner of the court of original jurisdiction . . .".

In *Fenn v. City of Peterborough*[10] the Ontario Court of Appeal accepted the argument that if the payment of the required capital sum is delayed the calculations made by the trial judge are no longer valid. The Court pointed out that this could have been guarded against if the trial judge had ordered that the capital sum awarded should bear interest at 10 per cent per annum (the anticipated investment rate in *Fenn*) from the date of judgment at trial to the date of payment—not as interest on the sum awarded but as part of the sum awarded. Thereby the requisite capital fund, when eventually paid, would be sufficient to achieve what was intended. In *Fenn,* the Ontario Court of Appeal made such an award. I think this Court should make an award of the same nature in the present case, that is to say 8.25 per cent from the date of judgment at trial to date of payment of the judg-

[10] (1978), 25 O.R.(2d) 399.

calculs de l'actuaire et du juge de première instance prévoient la constitution, à la date du jugement, d'un fonds qui, investi au taux d'intérêt nominal de 8.25 pour cent, assurera aux personnes à charge le montant auquel elles ont droit. Le délai de plus de quatre ans et demi entre la date du jugement de première instance et aujourd'hui signifie que la demanderesse n'a pas reçu l'intérêt que l'indemnité aurait produit et qui forme un élément essentiel du calcul de cette indemnité. Le défendeur a joui de cet argent et de l'intérêt sur celui-ci dans l'intervalle.

L'article 13 de la *Loi sur l'intérêt,* S.R.C. 1970, chap I-18, prévoit que toute somme due en vertu d'un jugement porte intérêt au taux de 5 pour cent par année, jusqu'à ce qu'elle soit payée. L'article 14 dispose, notamment, que sauf ordre contraire de la cour, cet intérêt se calcule à partir du jour où le verdict a été rendu ou le jugement prononcé, selon le cas. L'article 52 de la *Loi sur la Cour suprême,* S.R.C. 1970, chap. S-19, dispose notamment que, sauf ordonnance contraire de la Cour, un jugement de la Cour porte intérêt au taux et à compter de la date applicables au jugement rendu dans la même affaire par la cour de première instance.

Dans *Fenn v. City of Peterborough*[10], la Cour d'appel de l'Ontario a accepté l'argument que si le paiement du capital nécessaire est retardé, les calculs faits par le juge de première instance ne tiennent plus. Elle a toutefois fait remarquer que ce résultat aurait pu être évité si le juge de première instance avait ordonné que le capital accordé porte intérêt au taux de 10 pour cent par année (le taux d'investissement anticipé dans l'affaire *Fenn*) depuis la date du jugement de première instance jusqu'à la date du paiement—non pas à titre d'intérêt sur l'indemnité, mais comme partie de l'indemnité. De cette façon lorsqu'il serait versé, le capital nécessaire serait suffisant pour atteindre le but visé. Dans *Fenn,* la Cour d'appel de l'Ontario a statué en ce sens. Je crois qu'en l'espèce cette Cour doit rendre un jugement de la même nature, c'est-à-dire accorder 8.25 pour cent d'intérêt de la

[10] (1978), 25 O.R. (2d) 399.

ment—not as interest but as part of the award.

In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal, and restore the judgment at trial, together with 8.25 per cent interest compounded annually, upon the award at trial, computed from the date of judgment at trial to the date of payment. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Lerner & Associates, London.

Solicitors for the defendants, respondents: Walker, Ellis & Pegzack, Toronto.

date du jugement de première instance à la date du paiement—non pas à titre d'intérêt, mais comme partie de l'indemnité.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de première instance en ajoutant au montant des dommages-intérêts accordé en première instance un intérêt composé annuel de 8.25 pour cent calculé depuis la date du jugement de première instance jusqu'à la date du paiement. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Lerner & Associés, London.

Procureurs des défendeurs, intimés: Walker, Ellis & Pegzack, Toronto.

Beaufort Realties (1964) Inc. (*Defendant*) *Appellant*;

and

Belcourt Construction (Ottawa) Limited (*Defendant*);

and

Chomedey Aluminum Co. Ltd. (*Plaintiff*) *Respondent.*

1980: June 11; 1980: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Construction contract — Mechanics' liens — Subcontractor, by contract, waived mechanics' lien rights — After contractor failed to pay advances due under the contract, subcontractor treated the contract as at an end and filed a lien against the title to the property — Whether or not subcontractor bound by waiver of mechanics' lien rights — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, s. 5(1).

Respondent, by written contract, agreed to supply, install and generally complete the aluminum windows and glass and glazing work for an apartment building project being constructed by defendant Belcourt for and on behalf of the appellant. The contract included a clause (Article 6) whereby the subcontractor waived all privileges or rights and all liens or rights of lien then existing or that might exist as against the building and the land for work done or materials supplied under contract by it or those working under it. When Belcourt failed to pay the advances due under the contract, the respondent filed a mechanics' lien against the title of appellant's property.

This was an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario which allowed an appeal from a judgment of the Divisional Court and affirmed the judgment of the trial judge. The Court of Appeal found that Article 6 was an exclusionary clause and that the *Suisse Atlantique* line of authorities applied, notwithstanding s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act*, with the result that as a matter of construction Article 6 ceased

Beaufort Realties (1964) Inc. (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

Belcourt Construction (Ottawa) Limited (*Défenderesse*);

et

Chomedey Aluminum Co. Ltd. (*Demanderesse*) *Intimée.*

1980: 11 juin; 1980: 12 novembre.

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

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

Contrats — Contrat de construction — Privilèges de fournisseur de matériaux — Sous-entrepreneur renonçant contractuellement aux droits de privilège de fournisseur de matériaux — Vu le défaut par l'entrepreneur de verser les avances exigibles en vertu du contrat, le sous-entrepreneur a considéré que le contrat avait pris fin et a enregistré un privilège contre le titre de propriété — Sous-entrepreneur lié ou non par la renonciation au privilège de fournisseur de matériaux — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 5(1).

Aux termes d'un contrat écrit, l'intimée s'est engagée à fournir et à installer des châssis d'aluminium et des vitres et, de manière générale, à exécuter tout le travail de vitrerie afférent à la construction d'un immeuble résidentiel que construisait la défenderesse Belcourt pour le compte de l'appelante. Le contrat comprend une clause (article 6) par laquelle le sous-entrepreneur renonce à tous les privilèges ou droits existants ou à venir sur l'immeuble et sur le bien-fonds pour les travaux qu'il effectue ou les matériaux qu'il fournit lui-même ou par l'entremise d'autres personnes sous son autorité. Vu le défaut par Belcourt de verser les avances exigibles en vertu du contrat, l'intimée a enregistré un privilège de fournisseur de matériaux contre le titre de propriété de l'appelante.

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un arrêt de la Cour divisionnaire et confirmé le jugement du savant juge de première instance. La Cour d'appel a conclu que l'article 6 du contrat est une clause d'exclusion à laquelle s'applique la jurisprudence issue de l'arrêt *Suisse Atlantique*, malgré les dispositions du par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act*; ainsi, du point de vue de l'interprétation,

to bind the respondent upon its informing the appellant and Belcourt of its election to treat the contract as at an end.

Held: The appeal should be dismissed.

The Court agreed with the concurrent findings of the Ontario courts that Belcourt's refusal to make progress payments constituted a fundamental breach of contract and that Article 6 of this contract constituted an exclusionary or exception clause. The Court also concurred in the approach adopted by the Ontario Court of Appeal—that the same considerations applied as those which governed the House of Lords in *Photo Production Ltd. v. Securicor* in holding that the question of whether an exclusionary clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract. The terms of s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act* were not effective to foreclose the respondent for all time from asserting its right to the lien by reason of the fact that it has "signed" the waiver. The Court adopted the conclusion of the Ontario Court of Appeal—and the reasons leading to it—that the Legislature must be taken to have intended that the fate of an exclusionary clause be inextricably tied to the fate of the contract of which it formed part. Considering the fundamental breach by the contractor (Belcourt Construction (Ottawa) Limited), in the context of the contract as a whole the true construction to be placed on Article 6 was that the waiver contained therein ceased to bind the respondent upon its having communicated to the appellant its election to treat the contract as at an end.

Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale, [1967] 1 A.C. 361; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 556, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court and affirming the judgment of the trial judge. Appeal dismissed.

Russell Kronick and *Robert Steinberg*, for the defendant, appellant.

William J. Simpson, Q.C., and *Charles T. Hackland*, for the plaintiff, respondent.

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 1, (1980), 97 D.L.R. (3d) 170.

l'article 6 ne peut plus lier l'intimée dès que celle-ci a avisé l'appelante et Belcourt de sa décision de considérer que le contrat a pris fin.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour partage les conclusions concordantes des tribunaux ontariens portant que le refus de Belcourt d'effectuer les paiements proportionnels équivaut à une violation fondamentale du contrat et que l'article 6 est une clause d'exclusion ou d'exception. La Cour retient la façon d'aborder la question adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario, savoir qu'on doit appliquer les considérations suivies par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor* et conclure que la question de savoir si une clause d'exclusion est applicable, lorsqu'il y a violation fondamentale, doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat. Les dispositions du par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act* n'ont pas pour effet d'interdire pour toujours à l'intimée de faire valoir son droit au privilège vu le fait qu'elle a «signé» la renonciation. La Cour a fait sienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario—et les motifs qui l'appuient—que le législateur entendait lier inextricablement le sort de la clause d'exclusion à celui du contrat dont elle fait partie. Etant donné la violation fondamentale du contrat par l'entrepreneur (Belcourt Construction (Ottawa) Limited), et vu le contexte de l'ensemble du contrat, la véritable interprétation de l'article 6 veut que la renonciation qu'elle contient cesse de lier l'intimée dès que celle-ci a communiqué à l'appelante son choix de considérer que le contrat a pris fin.

Jurisprudence: *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*, [1967] 1 A.C. 361; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] 1 All. E.R. 556.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli l'appel d'un arrêt de la Cour divisionnaire et confirmé le jugement du savant juge de première instance. Pourvoi rejeté.

Russell Kronick et *Robert Steinberg*, pour la défenderesse, appelante.

William J. Simpson, c.r., et *Charles T. Hackland*, pour la demanderesse, intimée.

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 1, (1980), 97 D.L.R. (3d) 170.

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 Court of Appeal of Ontario which allowed an appeal from a judgment of the Divisional Court and affirmed the judgment of the learned trial judge.

The circumstances giving rise to this appeal, together with a summary of the judgments rendered in the Ontario courts, are conveniently and accurately described in the agreed statement of facts which is filed as a part of the case on appeal in this Court and reads as follows:

1. By a written Contract dated April 19th, 1974 ("the contract"), entered into between the Respondent and the Defendant Belcourt Construction (Ottawa) Limited (hereinafter referred to as "Belcourt"), the Respondent agreed to supply and install, and generally to complete, the aluminum windows and glass and glazing work contract for the apartment building project known as The Lord Mountbatten Apartments then being constructed by the Defendant Belcourt for and on behalf of the Appellant.

2. The contract included the following clause:

"ARTICLE 6. The Subcontractor hereby waives, releases and renounces all privileges or rights or privilege, and all lien or rights of lien now existing or that may hereinafter exist for work done or materials furnished under this Contract, upon the premises and upon the land on which the same is situated, and upon any money or monies due or to become due from any person or persons to Contractor, and agrees to furnish a good and sufficient waiver of the privilege and lien on said building, lands and monies from every person or corporation furnishing labour or material under the Subcontractor.

In addition to the requirements as set forth hereinabove, the Subcontractor agrees to waive to the extent of one hundred percent (100%) of the final contract amount, any privilege, lien and right of preference which he may have or which he hereafter may have upon the aforesaid building and/or the land upon which it is constructed as a result of or in connection with work to be done or materials to be supplied by him, and moreover that he holds and will hold the Owner and Contractor harmless and indemnified from and against a registration against the said property of any privilege, lien or right of preference by or on behalf of any person, firm or corporation perform-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Il s'agit d'un pourvoi interjeté sur autorisation de cette Cour contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel d'un jugement de la Cour divisionnaire et a confirmé la décision du savant juge de première instance.

L'exposé conjoint des faits versé au dossier d'appel devant cette Cour décrit de façon commode et précise les circonstances à l'origine du pourvoi et donne un résumé des jugements rendus par les tribunaux ontariens. Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 1. Aux termes d'un contrat écrit en date du 19 avril 1974 («le contrat») conclu entre l'intimée et la défenderesse, Belcourt Construction (Ottawa) Limited (ci-après appelée «Belcourt»), l'intimée s'est engagée à fournir et à installer des châssis d'aluminium et des vitres et, de manière générale, à exécuter tout le travail de vitrerie afférent à la construction d'un immeuble résidentiel connu sous le nom de The Lord Mountbatten Apartments que construisait alors la défenderesse Belcourt pour le compte de l'appelante.

2. Le contrat comprend la clause suivante:

«ARTICLE 6. Le sous-entrepreneur renonce à tous les privilèges ou droits de privilège existants ou à venir, garantissant le coût des travaux effectués ou des matériaux fournis aux termes du contrat, sur l'immeuble et sur le bien-fonds où il est construit, et sur toute somme d'argent qui peut être due à l'entrepreneur et s'engage à obtenir de toute personne ou société, qui fournit de la main-d'œuvre ou des matériaux sous son autorité, une renonciation valide et satisfaisante de l'exercice par elle du privilège sur lesdits immeuble, bien-fonds et sommes d'argent.

En plus des conditions précitées, le sous-entrepremeur renonce, jusqu'à concurrence du plein montant fixé par le contrat, à tout privilège ou droit de préférence qu'il possède ou possédera sur l'immeuble ou sur le bien-fonds où il est construit ou sur les deux à la fois, par suite des travaux qu'il aura à effectuer ou des matériaux qu'il aura à fournir ou à l'égard de ces travaux ou matériaux. De plus, il s'engage à garantir le propriétaire et l'entrepreneur contre l'enregistrement sur ces biens de tout privilège ou droit de préférence en faveur ou pour le compte de toute personne, entreprise ou société qui, sous son autorité, exécute un travail ou fournit des matériaux. Le sous-

ing work or supplying materials under authority derived from him, and, if and when so required by the Contractor, he will obtain and deliver to the said Contractor, releases from any such privileges, liens or rights of preference signed by such persons, firms or corporations.

Subcontractor also agrees to waive all liens and to execute any waiver of liens that may be required by the mortgage company or mortgagee."

entrepreneur s'engage à obtenir et à remettre à l'entrepreneur, lorsque ce dernier l'exige, mainlevée des privilèges et droits de préférence que détiendraient ces personnes, entreprises ou sociétés.

Le sous-entrepreneur accepte également de renoncer à tous les privilèges et de signer toute renonciation de privilège que pourrait exiger la compagnie de prêt hypothécaire ou le créancier hypothécaire.»

3. By reason of the failure of Belcourt to pay the advances due under the contract, the Respondent filed a Mechanics' Lien against the title to the property owned by the Appellant in December of 1974. The subsequent action was tried before His Honour Judge Fogarty at Ottawa on the 17th, 18th and 19th days of December, 1975 and on the 15th, 16th and 17th days of March, 1976.

3. Vu le défaut par Belcourt de verser les avances exigibles en vertu du contrat, l'intimée a enregistré un privilège de fournisseur de matériaux contre le titre de propriété appartenant à l'appelante en décembre 1974. L'action qui a suivi a été entendue par le juge Fogarty à Ottawa les 17, 18 et 19 décembre 1975 et les 15, 16 et 17 mars 1976.

4. The learned Trial Judge held in his reasons for Judgment dated the 12th day of October, 1976, that Belcourt, by its refusal to make the progress payments as they fell due, committed a fundamental breach of the contract which justified the Respondent in treating it as at an end. The learned Trial Judge further held that Article 6. constituted an exclusionary clause and Belcourt, by reason of the fundamental breach, was precluded from relying on it. Accordingly, the Respondent was granted personal Judgment as well as a lien upon the property in the amount of the Judgment plus costs.

4. Le savant juge de première instance a conclu dans ses motifs de jugement datés du 12 octobre 1976, qu'en refusant d'effectuer les paiements proportionnels à leur échéance, Belcourt s'était rendue coupable d'une violation fondamentale du contrat et que l'intimée était donc justifiée de considérer qu'il avait pris fin. Le savant juge a également conclu que la clause 6 est une clause d'exclusion et qu'en raison de la violation fondamentale du contrat, Belcourt ne pouvait y avoir recours. Par conséquent, l'intimée a bénéficié d'un jugement personnel de même que d'un privilège sur les biens jusqu'à concurrence du montant prévu dans le jugement plus les dépens.

5. The Judgment of the learned Trial Judge was appealed to the Divisional Court by the Appellant herein and Belcourt, which Court, by Judgment dated March 16th, 1978, allowed the appeal in part and held that the Respondent was not entitled to a lien against the lands and premises of the Appellant herein by reason of Article 6. of the said contract. The Divisional Court upheld the personal Judgment in favour of the Respondent against Belcourt and affirmed the learned Trial Judge's finding that the said Defendant had fundamentally breached its contract with the Appellant (Dupont J. dissenting on the latter issue).

5. L'appelante et Belcourt ont interjeté appel devant la Cour divisionnaire de la décision du juge de première instance. Par un jugement en date du 16 mars 1978, la Cour a accueilli l'appel en partie et conclu que l'intimée n'avait pas droit à un privilège sur le bien-fonds et l'immeuble de l'appelante vu la clause 6 du contrat. La Cour divisionnaire a confirmé le jugement personnel rendu en faveur de l'intimée contre Belcourt et la conclusion du savant juge de première instance que la défenderesse avait fondamentalement violé le contrat conclu avec l'appelante (le juge Dupont étant dissident sur cette dernière question).

6. The Judgment of the Divisional Court was appealed by the Respondent to the Court of Appeal of Ontario on the issue of whether a waiver of lien rights (Article 6.) could be later invalidated by Belcourt's fundamental breach of contract. The Court of Appeal, by Judgment dated the 14th day of March, 1979, allowed the Appeal and affirmed the Judgment of the learned Trial Judge on this point. Madam Justice Wilson, speaking for the Court, held that Article 6. of the contract is an exclu-

6. L'intimée a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario du jugement de la Cour divisionnaire sur la question de savoir si une renonciation aux droits de privilège (clause 6) pouvait ultérieurement être invalidée du fait de la violation fondamentale du contrat par Belcourt. Dans un arrêt en date du 14 mars 1979, la Cour d'appel a accueilli l'appel et confirmé la décision du savant juge de première instance sur ce point. Au nom de la Cour, madame le juge Wilson a conclu que la

sionary clause to which the Suisse Atlantique line of authorities applies, that this is so notwithstanding the provisions of Section 5(1) of The Mechanics' Lien Act, and further that as a matter of construction the waiver clause (Article 6.) ceased to bind the Respondent upon the communication by the Respondent to the Appellant herein and Belcourt of its election to treat the contract as at an end.

7. The Appellant herein was granted leave to Appeal to this Honourable Court, by Order dated the 18th day of June, 1979.

The provisions of s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, to which fuller reference will be made hereafter read as follows:

5. (1) Unless he signs an express agreement to the contrary and in that case subject to section 4, any person who does any work upon or in respect of, or places or furnishes any materials to be used in, the making, constructing, erecting, fitting, altering, improving or repairing of any land, building, structure or works or the appurtenances to any of them for any owner, contractor or subcontractor by virtue thereof has a lien for the price of the work or materials upon the estate or interest of the owner in the land, building, structure or works and appurtenances and the land occupied thereby or enjoyed therewith, or upon or in respect of which the work is done, or upon which the materials are placed or furnished to be used, limited, however, in amount to the sum justly due to the person entitled to the lien and to the sum justly owing, except as herein provided, by the owner, and the placing or furnishing of the materials to be used upon the land or such other place in the immediate vicinity of the land designated by the owner or his agent is good and sufficient delivery for the purpose of this Act, but delivery on the designated land does not make such land subject to a lien.

The reference to s. 4 has no application in the present circumstances.

It will have been noted that the parties are agreed as to the effect of the judgment of the Court of Appeal whereby it is accepted that article 6 of the contract is an exclusionary clause (sometimes referred to in the authorities as an "exception" or "limitation" clause) "to which the *Suisse Atlantique* line of authorities applies". The refer-

clause 6 du contrat est une clause d'exclusion à laquelle s'applique la jurisprudence issue de l'arrêt Suisse Atlantique, qu'il en est ainsi malgré les dispositions du paragraphe 5(1) de The Mechanics' Lien Act et que, de plus, du point de vue de l'interprétation, la clause de renonciation (clause 6) ne pouvait plus lier l'intimée dès que celle-ci a avisé l'appelante en l'espèce et Belcourt de sa décision de considérer que le contrat avait pris fin.

7. Dans une ordonnance en date du 18 juin 1979, cette Cour autorisait l'appelante en l'espèce à se pourvoir.

Les dispositions du par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, chap. 267, que nous examinerons un peu plus loin, se lisent comme suit:

[TRADUCTION] **5.** (1) Sous réserve de la signature d'une convention stipulant expressément le contraire et, en ce cas, sous réserve de l'article 4, quiconque exécute des travaux, place ou fournit des matériaux dans le cadre de la fabrication, la construction, l'érection, l'ajustement, la modification, l'amélioration ou la réparation d'un bien-fonds, immeuble, structure ou ouvrage ou de toutes leurs circonstances et dépendances, pour un propriétaire, entrepreneur ou sous-entrepreneur, possède un privilège qui garantit le coût de la main-d'œuvre ou des matériaux sur le droit de tenure ou autre droit que le propriétaire possède sur le bien-fonds, l'immeuble, la structure ou les ouvrages et leurs circonstances et dépendances, ainsi que sur le bien-fonds où ils sont construits ou dont le propriétaire a la jouissance, ou à l'égard duquel les travaux sont effectués ou les matériaux placés ou fournis afin d'y être utilisés, jusqu'à concurrence toutefois de la somme que la personne ayant droit au privilège peut, à bon droit, exiger et de la somme que doit, à bon droit, le propriétaire, sauf disposition contraire de la présente loi. Le fait de placer les matériaux à être utilisés sur le bien-fonds ou dans tout autre endroit situé à proximité de ce bien-fonds que le propriétaire ou son mandataire a désigné, constitue une livraison valable et suffisante aux fins de la présente loi, mais une livraison sur le bien-fonds désigné ne le rend pas susceptible de privilège.

Le renvoi à l'art. 4 n'a pas d'incidence en l'espèce.

On aura remarqué que les parties se sont mises d'accord sur la portée du jugement de la Cour d'appel selon lequel il a été reconnu que la clause 6 du contrat est une clause d'exclusion (quelquefois appelée dans la jurisprudence clause «d'exception» ou «de restriction») [TRADUCTION] «à laquelle s'applique la jurisprudence issue de l'arrêt *Suisse*

ence there made to the case of *Suisse Atlantique v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[2]. The reasons for judgment of the members of the House of Lords in that case have caused a not inconsiderable difference of opinion among judges in England and in this country, and the question of the effect of a fundamental breach of contract by one party on the operation of an exclusionary clause such as clause 6 of the present contract remained a matter of debate in some quarters until the case of *Photo Production Ltd. v. Securicor* which was finally decided in the House of Lords in February 1980 and is to be found reported in [1980] 1 All E.R. 556. I should state at this juncture that I am in agreement with the concurrent findings of the Ontario courts that Belcourt's refusal to make progress payments constituted a fundamental breach of the contract.

Stated bluntly, the difference of opinion as to the true intent and meaning of their Lordships' judgment in the *Suisse Atlantique* case centered around the question of whether a rule of law exists to the effect that a fundamental breach going to the root of a contract eliminates once and for all the effect of all clauses exempting or excluding the party in breach from rights which it would otherwise have been entitled to exercise, or whether the true construction of the contract is the governing consideration in determining whether or not an exclusionary clause remains unaffected and enforceable notwithstanding the fundamental breach. The former view was espoused by Lord Denning and is illustrated by his judgment which he delivered on behalf of the Court of Appeal in the *Photo Production* case (*supra*), which is described by Lord Wilberforce in his reasons for judgment in that case in the House of Lords where he said, at p. 559:

It is first necessary to decide on the correct approach to a case such as this where it is sought to invoke an exception or limitation clause in the contract. The approach of Lord Denning MR in the Court of Appeal was to consider first whether the breach was 'fundamental'. If so, he said, the court itself deprives the party of the benefit of an exemption or limitation clause. . . .

[2] [1967] 1 A.C. 361.

Atlantique». Il s'agit de l'arrêt *Suisse Atlantique v. N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale*[2]. Les motifs de jugement des membres de la Chambre des lords dans cette affaire ont donné naissance à une divergence d'opinions notable chez les juges anglais et canadiens, et la question de l'effet de la violation fondamentale d'un contrat par une partie sur l'application d'une clause d'exclusion, telle la clause 6 du présent contrat, a continué à être débattue dans certains tribunaux jusqu'à ce que la Chambre des lords se prononce en février 1980 dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor* [1980] 1 All E.R. 556. Je tiens à souligner à ce stade-ci que je partage les conclusions concordantes des tribunaux ontariens portant que le refus de Belcourt d'effectuer les paiements proportionnels équivaut à une violation fondamentale du contrat.

En termes clairs, la divergence d'opinions quant à l'intention et au sens véritables de l'arrêt de leurs Seigneuries dans *Suisse Atlantique* tourne autour de la question de savoir s'il existe une règle de droit selon laquelle une violation fondamentale qui touche à la base d'un contrat annule une fois pour toute la portée de toutes les clauses qui retirent à la partie qui y contrevient des droits qu'elle aurait par ailleurs été autorisée à exercer, ou s'il faut s'en remettre à l'interprétation véritable du contrat afin de déterminer si une clause d'exclusion demeure valide et en vigueur malgé la violation fondamentale. Lord Denning a adopté la première façon de voir, expliquée d'ailleurs dans l'arrêt qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel dans *Photo Production* (précité); lord Wilberforce la décrit dans les motifs de jugement qu'il a exposés dans cette affaire en Chambre des lords à la p. 559:

[TRADUCTION] Il faut d'abord déterminer la bonne façon d'aborder une affaire comme celle-ci où l'on cherche à invoquer une clause d'exception ou de restriction du contrat. En Cour d'appel, lord Denning, maître des rôles, l'a abordée en se demandant en premier lieu si la violation était «fondamentale». Dans l'affirmative, selon lui, le tribunal lui-même prive la partie du bénéfice de la clause d'exemption ou de restriction. . . .

[2] [1967] 1 A.C. 361.

Lord Denning MR in this was following the earlier decision of the Court of Appeal, and in particular his own judgment in *Harbutt's Plasticine Ltd v. Wayne Tank and Pump Co Ltd*, [1970] 1 All ER 225, [1970] 1 QB 447. In that case Lord Denning MR distinguished two cases: (a) the case where as the result of a breach of contract the innocent party has, and exercises, the right to bring the contract to an end; and (b) the case where the breach automatically brings the contract to an end, without the innocent party having to make an election whether to terminate the contract or to continue it. In the first case Lord Denning MR, purportedly applying this House's decision in *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1966] 2 All ER 61, [1971] 1 AC 361, but in effect two citations from two of their Lordships' speeches, extracted a rule of law that the 'termination' of the contract brings it, and with it the exclusion clause, to an end. The *Suisse Atlantique* case in his view—

> 'affirms the long line of cases in this court that when one party has been guilty of a fundamental breach of the contract ... and the other side accepts it, so that the contract comes to an end ... then the guilty party cannot rely on an exception or limitation clause to escape from his liability for the breach.'

See (*Harbutt's* case [1970] 1 All ER 225 at 235, [1970] 1 QB 447 at 467. He then applied the same principle to the second case.

My Lords, whatever the intrinsic merit of this doctrine, as to which I shall have something to say later, it is clear to me that so far from following this House's decision in the *Suisse Atlantique* case, it is directly opposed to it and that the whole purpose and tenor of the *Suisse Atlantique* case was to repudiate it. The lengthy, and perhaps I may say sometimes indigestible speeches of their Lordships, are correctly summarised in the headnote [1967] 1 AC 361 at 362—

> '(3) That the question whether an exceptions clause was applicable where there was a fundamental breach of contract was one of the true construction of the contract.'

That there was any rule of law by which exception clauses are eliminated, or deprived of effect, regardless of their terms, was clearly not the view of Viscount Dilhorne, Lord Hodson or myself. The passages invoked for the contrary view of a rule of law consist only of short extracts from two of the speeches, on any view a minority. But the case for the doctrine does not even go so far as that. Lord Reid, in my respectful opinion, and I recognise that I may not be the best judge of this

Lord Denning suivait ainsi la décision antérieure de la Cour d'appel et, en particulier, son propre jugement dans l'affaire *Harbutt's Plasticine Ltd v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd*, [1970] 1 All ER 225, [1970] 1 Q.B. 447. Dans cette affaire, il distinguait deux situations: a) la situation où, par suite de la violation d'un contrat, la partie innocente possède et exerce le droit de mettre fin au contrat; et b) la situation où la violation entraîne automatiquement la fin du contrat sans que la partie innocente ait à choisir entre mettre un terme au contrat ou y donner suite. Dans la première situation, Lord Denning, appliquant apparemment l'arrêt de cette Chambre, *Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime SA v N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* [1966] 2 All ER 61, [1971] 1 AC 361, mais n'utilisant effectivement que deux extraits de l'avis de deux de leurs Seigneuries, en a tiré une règle de droit selon laquelle la «répudiation» du contrat y met fin de même qu'à la clause d'exclusion. A son avis, l'arrêt *Suisse Atlantique*

> «confirme la longue série d'arrêts rendus par cette cour voulant que, lorsqu'une partie se rend coupable d'une violation fondamentale du contrat ... et que l'autre partie l'accepte, ce qui met fin au contrat ... alors la partie coupable ne peut invoquer une clause d'exception ou de restriction pour échapper à sa responsabilité à l'égard de la violation.»

Voir (l'arrêt *Harbutt's* [1970] 1 All ER 225 at 235, [1970] 1 QB 447 at 467. Il a ensuite appliqué le même principe à la seconde situation.

Vos Seigneuries, quel que soit le mérite intrinsèque de cette doctrine, dont j'aurais l'occasion de reparler un peu plus loin, il ressort clairement à mon avis que, loin de suivre l'arrêt de cette Cour dans *Suisse Atlantique*, elle lui est directement opposée et que l'objet et la teneur de l'arrêt *Suisse Atlantique* étaient de la répudier. Les avis longs et, si je peux me permettre, quelquefois indigestes de leurs Seigneuries, ont été correctement résumés dans le sommaire [1967] 1 AC 361 à la p. 362—

> «3) que la question de savoir si une clause d'exception est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale d'un contrat relève de l'interprétation véritable du contrat.»

Ni le vicomte Dilhorne ni lord Hodson ni moi-même n'avons clairement dit qu'il existe une règle de droit qui élimine ou prive de tout effet les clauses d'exception indépendamment de leurs conditions. Les passages invoqués à l'appui de l'opinion contraire ne sont formés que de courts extraits tirés de deux des avis, qui traduisent une opinion minoritaire à tout point de vue. Mais les arguments en faveur de la doctrine ne vont même pas aussi loin. Avec égards, j'estime qu'en lisant l'ensemble

matter, in his speech read as a whole, cannot be claimed as a supporter of a rule of law.

It has been concurrently found by the learned trial judge and the Court of Appeal that article 6 of this contract constituted an exclusionary or exception clause and Madam Justice Wilson adopted the same considerations as those which governed the House of Lords in the *Photo* case in holding that the question of whether such a clause was applicable where there was a fundamental breach was to be determined according to the true construction of the contract. I concur in this approach to the case.

It was further contended on behalf of the appellant that the terms of s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act* were effective to foreclose the respondent for all time from asserting its right to the lien by reason of the fact that it had "signed" the waiver. In this regard I adopt the following passage from the judgment of the Court of Appeal:

> While I agree that the waiver of lien clause is an exclusionary clause in that it has the effect of excluding the appellant from the right to a lien which he otherwise would have had under the statute, it is not an exclusionary clause in the sense that it sets limits on the liability of the respondent Belcourt for breach of the contract. It is not, in other words, one of those exclusionary clauses which must be resorted to in order to determine whether there has been a breach at all or the extent to which there has been a breach. It does not modify the obligation or restrict the liability of the party in default: it deprives the party not in default of an additional remedy. Does the Suisse Atlantique line of authorities apply to such an exclusionary clause?
>
> Clearly these authorities cannot apply if as a matter of statutory interpretation of s. 5(1) of *The Mechanics' Lien Act* the mere signing of the agreement by the person otherwise entitled to the lien defeats his lien rights for all time by statute. If this is so, a fundamental breach of the agreement has no effect on the waiver.
>
> Even although s. 5(1) used the word "signs", I cannot think that the legislature intended to make the mere fact of signing conclusive of a party's lien right. I think the legislature has assumed that the agreement he has signed is enforceable against him by the other contract-

de l'avis de lord Reid, et j'admets n'être probablement pas le meilleur juge de la situation, on ne peut conclure qu'il est un partisan d'une règle de droit.

Le savant juge de première instance et la Cour d'appel ont rendu des motifs concordants selon lesquels la clause 6 du contrat est une clause d'exclusion ou d'exception. Madame le juge Wilson a retenu les mêmes considérations que celles suivies par la Chambre des lords dans l'arrêt *Photo* en concluant que la question de savoir si une telle clause est applicable lorsqu'il y a violation fondamentale doit être tranchée à partir de l'interprétation véritable du contrat. Je souscris à cette manière d'aborder le problème.

De plus, on allègue au nom de l'appelante que les dispositions du par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act* ont pour effet d'interdire pour toujours à l'intimée de faire valoir son droit au privilège vu le fait qu'elle a «signé» la renonciation. A cet égard, je fais mien l'extrait suivant de l'arrêt de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Tout en reconnaissant que la clause de renonciation à un privilège est une clause d'exclusion en ce qu'elle a pour effet de retirer à l'appelante le droit à un privilège, droit qu'elle aurait par ailleurs en vertu de la loi, ce n'est pas une clause d'exclusion en ce sens qu'elle limite la responsabilité de l'intimée Belcourt pour violation du contrat. En d'autres termes, il ne s'agit pas d'une de ces clauses d'exclusion à laquelle on doit avoir recours pour déterminer s'il y a vraiment eu violation du contrat ou pour en fixer l'étendue. Elle ne modifie pas l'obligation de la partie en défaut et ne limite pas sa responsabilité: elle prive la partie qui n'est pas en défaut d'un recours supplémentaire. La jurisprudence issue de l'arrêt Suisse Atlantique s'applique-t-elle à une telle clause d'exclusion?
>
> Manifestement cette jurisprudence ne peut s'appliquer si, de l'interprétation du par. 5(1) de *The Mechanics' Lien Act*, il ressort que la simple signature de la convention par une personne qui aurait par ailleurs droit au privilège met fin pour toujours à ses droits au privilège en vertu de la loi. Si tel est le cas, une violation fondamentale de la convention n'a pas de conséquence sur la renonciation.
>
> Même si le par. 5(1) emploie le mot «signature», je ne peux penser que le législateur ait voulu que la simple signature de la convention rende définitif le droit d'une partie au privilège. A mon avis, le législateur tient pour acquis que celui qui a signé la convention peut se la voir

ing party. It is more difficult to ascribe an intention to the legislature where the agreement he has signed is initially enforceable against him and subsequently ceases to be so. I have concluded, however, that s. 5(1) should not be construed as foreclosing the lien irrespective of the fate of the contract. It seems to me that the legislature could not have intended to introduce such disparity into the position of the contracting parties i.e. that one party could be assured that, irrespective of the non-performance by him of any of his contractual obligations, the other party's waiver of lien would continue to bind him. At least I think it would take very clear language to effect that result. In so concluding I am not unconscious of the policy consideration referred to by Linden, J. in his reasons in *Shill-Brand*, namely that there is a public interest in waivers being able to be relied upon. I think, however, that if this had been the prevailing public interest in the mind of the legislature, it might not have put the waiver of lien into a contractual context at all but rather prescribed a statutory form. By putting the waiver into a contractual context I think the legislature must be taken to have intended that its fate be inextricably tied to the fate of the contract of which it forms a part.

Like Madam Justice Wilson, and having particular regard to the judgment of the House of Lords in the *Photo Production* case, *supra*, I am satisfied that, considering the fundamental breach by the contractor (Belcourt Construction (Ottawa) Limited), in the context of the contract as a whole the true construction to be placed on article 6 is that the waiver therein contained ceased to bind the respondent upon it having communicated to the appellant its election to treat the contract as at an end.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

The respondent is entitled to its costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Goldberg, Shinder, Shmelzer, Gardner & Kronick, Ottawa.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Binks, Chilcott & Simpson, Ottawa.

opposée par le cocontractant. Il est plus difficile de prêter cette intention au législateur lorsque la convention qu'une personne a signée lui est à l'origine opposable et que par la suite elle cesse de l'être. Je conclus toutefois que le par. 5(1) ne doit pas être interprété comme une fin de non recevoir opposable au privilège quel que soit le sort du contrat. Selon moi, le législateur n'a pas pu vouloir introduire un tel écart dans la position des parties contractantes, c'est-à-dire qu'une partie soit assurée que, nonobstant l'inexécution par elle de l'une quelconque de ses obligations contractuelles, l'autre partie continue d'être liée par sa renonciation au privilège. Du moins j'estime qu'il faudrait un texte très clair pour en arriver à ce résultat. En concluant ainsi, je n'oublie pas la considération d'ordre public à laquelle a fait référence le juge Linden dans les motifs qu'il a exposés dans *Shill-Brand*, savoir qu'il y va de l'intérêt public de pouvoir se fier à une renonciation. J'estime toutefois que si le législateur avait eu à l'esprit la question primordiale de l'intérêt public, il n'aurait pas placé la renonciation au privilège dans un contexte contractuel; il aurait plutôt prescrit une formule dans la loi. A mon avis, on doit considérer qu'en plaçant la renonciation dans un contexte contractuel, le législateur entendait lier inextricablement le sort de la renonciation à celui du contrat dont elle fait partie.

Comme madame le juge Wilson et compte tenu en particulier de l'arrêt de la Chambre des lords dans l'affaire *Photo Production*, précitée, je suis convaincu qu'étant donné la violation fondamentale du contrat par l'entrepreneur (Belcourt Construction (Ottawa) Limited), et vu le contexte de l'ensemble du contrat, la véritable interprétation de la clause 6 veut que la renonciation qu'elle contient cesse de lier l'intimée dès que celle-ci a communiqué à l'appelante son choix de considérer que le contrat a pris fin.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

L'intimée a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de la défenderesse, appelante: Goldberg, Shinder, Shmelzer, Gardner & Kronick, Ottawa.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Binks, Chilcott & Simpson, Ottawa.

Douglas Proctor *Appellant*;

and

The Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia *Respondent*;

and

The Attorney General for the Province of Ontario *Intervener.*

1980: December 2; 1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Administrative law — Police — Dismissal — Appellant, a probationary constable, dismissed by chief of police — Reasons for dismissal ambiguous — Power of dismissal exclusively vested in Board of Police Commissioners — Board ratified dismissal without passing resolution, taking minutes, or hearing and informing appellant — Whether or not dismissal valid — The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, s. 29 — Regulation 680, s. 27(b).

Appellant was engaged by respondent as a probationary constable, and, under s. 9 of the collective agreement between the Sarnia Police Association (of which he became a member) and the respondent, was subject to dismissal "without notice and without reference to the Police Code of Discipline and without a trial or hearing before the Board at any time during the ... period [18 months after first being hired]". The collective agreement was entered into pursuant to s. 29 of *The Police Act*. Under both s. 9 of the collective agreement and s. 27(*b*) of Regulation 680, made under *The Police Act*, the power to dismiss was exclusively in the respondent Board.

Appellant had been with another constable, drinking in a tavern in an adjoining municipality, when a disturbance occurred resulting in the local police being called. A hearing was launched under *The Police Act* as to the other constable's conduct and appellant testified. He was informed of his dismissal by the chief of police the next day. The chief of police, on his evidence, stated that, when asked by appellant for the reason of his dismissal, he replied "unsatisfactory probation—not what we had expected". In his evidence, the chief of police stated that while he had not attended the hearing, he had been told that the appellant should be dismissed because he had lied under oath. The respondent Board

Douglas Proctor *Appelant*;

et

The Board of Commissioners of Police for the City of Sarnia *Intimé*;

et

Le procureur général de la province de l'Ontario *Intervenant.*

1980: 2 décembre; 1980: 18 décembre.

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

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

Droit administratif — Police — Renvoi — L'appelant, un stagiaire, renvoyé par le chef de police — Motifs du renvoi ambigus — Pouvoir de renvoi conféré exclusivement au Comité (Board of Police Commissioners) — Ratification par le Comité du renvoi sans adopter de résolution, sans rédiger de procès-verbal et sans entendre ni aviser l'appelant — Validité du renvoi — The Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 29 — Règlement 680, art. 27b).

L'appelant était employé par l'intimé comme agent de police en stage et, en vertu de l'art. 9 de la convention collective qui lie l'Association des policiers de Sarnia (dont il est devenu membre) et l'intimé, il était susceptible de renvoi «sans avis, sans qu'il soit tenu compte du Code de discipline policière et sans procès ni audition devant le Comité, à tout moment au cours de la ... période [de 18 mois après son entrée en fonction]». La convention collective a été conclue en application de l'art. 29 de *The Police Act*. En vertu de l'art. 9 de la convention collective et de l'al. 27*b*) du Règlement 680 établi en vertu de *The Police Act*, le pouvoir de renvoyer appartient exclusivement au Comité. .

L'appelant en compagnie d'un autre agent de police prenait un verre dans une taverne d'une municipalité voisine lorsque, suite à une bagarre, la police de l'endroit a été appelée. En vertu de *The Police Act*, la conduite de l'autre agent de police a fait l'objet d'une enquête à laquelle l'appelant a témoigné. Le lendemain il a été informé de son renvoi par le chef de police. Au cours de son témoignage, le chef de police a déclaré avoir précisé à la demande de l'appelant le motif de son renvoi «stage insatisfaisant—pas ce à quoi on s'attendait». Le chef de police déclare dans son témoignage que, bien qu'il n'ait pas assisté en personne à l'enquête, on lui a dit que l'appelant devait être renvoyé parce qu'il avait menti

was later advised of the discharge, and despite the fact that no decision had been made at the hearing, confirmed the discharge but without passing a resolution, taking minutes, calling appellant before it or notifying him of his dismissal.

The Ontario Divisional Court unanimously concluded that the dismissal effected by the chief of police could be confirmed by the governing Board, if the necessary resolution were passed. The Ontario Court of Appeal by a majority based on differing reasons reversed the Divisional Court's order that appellant be reinstated.

Held: The appeal should be allowed.

A constable was not to be lightly deprived of his status by an unauthorized act. Appellant, since the respondent Board did not tell him that he was discharged, was entitled to believe that he had been discharged by the chief of police. The power to effect a dismissal, however, was vested exclusively in the respondent Board by the collective agreement and could not be delegated. The opportunity allegedly given appellant to respond was no opportunity when it was to a person without power to effect a dismissal—the chief of police. It was unclear that appellant knew of the reason for dismissal at the time. The respondent Board, when it did not even let the appellant know that his case was going to be considered, did not fulfil its statutory function in respect of the dismissal. There was no effective discharge under the law.

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, [1979] 1 S.C.R. 311, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from a judgment of the Ontario Divisional Court reinstating appellant. Appeal allowed.

Robert Murray, Q.C., for the appellant.

H. W. Rowan, Q.C., and *Carl C. Fleck, Q.C.*, for the respondent.

Dennis W. Brown, Q.C., for the intervener the Attorney General of Ontario.

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 715, (1980), 99 D.L.R. (3d) 356.

sous serment. Le Comité intimé a ultérieurement été avisé du congédiement et, bien qu'aucune décision n'ait encore été rendue à l'enquête, il a confirmé le renvoi sans adopter de résolution, ni rédiger de procès-verbal et sans avoir convoqué l'appelant devant lui ni l'avoir avisé qu'il était effectivement renvoyé.

La Cour divisionnaire de l'Ontario a conclu à l'unanimité que le comité de police compétent aurait pu confirmer le renvoi effectué par le chef de police si la résolution nécessaire à cette fin avait été adoptée. L'ordonnance de la Cour divisionnaire enjoignant la réintégration de l'appelant a été infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

On ne doit pas priver un agent de police de son statut à la légère par une mesure non autorisée Puisque le Comité intimé n'a pas dit à l'appelant qu'il était congédié, celui-ci était fondé à croire que le chef de police l'avait congédié. La convention collective confère exclusivement au Comité intimé le pouvoir de renvoi qui ne peut être délégué. La possibilité que l'appelant aurait eu de se défendre n'en est pas une puisqu'il s'agissait d'une défense devant une personne qui n'avait aucun pouvoir de renvoi, soit le chef de police. Il est loin d'être évident que l'appelant connaissait le motif de son renvoi à l'époque. Le Comité intimé ne s'est pas acquitté du devoir que lui confère la loi en matière de renvoi puisqu'il n'a même pas fait savoir à l'appelant que son cas allait être examiné. Il n'y a pas eu de renvoi valable en droit.

Jurisprudence: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel interjeté d'un arrêt de la Cour divisionnaire de l'Ontario réintégrant l'appelant. Pourvoi accueilli.

Robert Murray, c.r., pour l'appelant.

H. W. Rowan, c.r., et *Carl C. Fleck, c.r.*, pour l'intimé.

Dennis W. Brown, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 715, (1980), 99 D.L.R. (3d) 356.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The main issue in this case is whether the appellant Proctor, then a probationary constable, was lawfully dismissed from police service. Although there are nuances here touching the judgment of this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*[2], the proper disposition of this appeal does not depend on that case.

The Ontario Divisional Court, before which the dismissal came for review, concluded unanimously that although the actual dismissal was effected by the chief of police it could be confirmed by the governing police board; however, a resolution was necessary and none had been passed. Its order directing that the appellant be reinstated was reversed by a majority judgment of the Ontario Court of Appeal. Brooke J.A. and Thorson J.A. agreed for different reasons that the appeal should be allowed. Wilson J.A. dissented and would have dismissed the appeal.

The further appeal to this Court is by its leave. The essential facts are not in dispute. Proctor was engaged by the Board of Commissioners of Police of Sarnia on February 10, 1975, as a constable fourth class. At the turn of the following year he became a constable third class. Nonetheless he remained a probationary constable and, under section 9 of the collective agreement between the Sarnia Police Association (of which he became a member) and the Board, he was subject to dismissal "without notice and without reference to the Police Code of Discipline and without a trial or hearing before the Board at any time during the ... period [of 18 months after first being hired]". The collective agreement was entered into pursuant to s. 29 of *The Police Act*, R.S.O. 1970, c. 351, as amended by 1972 (Ont.), c. 103. I shall return to s. 29 later in these reasons but I would refer here to s. 27(*b*) of Regulation 680, made under *The Police Act*. This provision, which was considered in the *Nicholson* case, reads as follows:

[2] [1979] 1 S.C.R. 311.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question principale en l'espèce est de savoir si l'appelant Proctor, alors un agent de police en stage, a été légalement renvoyé. On peut noter des nuances entre cette affaire et l'arrêt de cette Cour, *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*[2], mais la solution appropriée de ce pourvoi ne dépend pas de cet arrêt.

La Cour divisionnaire de l'Ontario, saisie de la demande de révision du renvoi, a conclu à l'unanimité que, bien que ce soit le chef de police qui ait effectivement procédé au renvoi, le comité de police compétent pouvait le confirmer; cependant, une résolution était nécessaire à cette fin et aucune n'a été adoptée. Son ordonnance enjoignant la réintégration de l'appelant a été infirmée par un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario. Les juges Brooke et Thorson ont conclu, pour des motifs différents, que l'appel devait être accueilli. Le juge Wilson, en dissidence, aurait rejeté l'appel.

L'appelant a formé ce pourvoi sur autorisation de cette Cour. Les faits essentiels ne sont pas contestés. The Board of Commissioners of Police (ci-après appelé le Comité) de Sarnia l'a engagé le 10 février 1975 comme agent de police de quatrième classe. Au début de l'année suivante, il est devenu agent de troisième classe. Il est néanmoins demeuré en stage et, en vertu de l'article 9 de la convention collective qui lie l'Association des policiers de Sarnia (dont il est devenu membre) et le Comité, il était susceptible de renvoi [TRADUCTION] «sans avis, sans qu'il soit tenu compte du Code de discipline policière et sans procès ni audition devant le Comité, à tout moment au cours de la ... période [de 18 mois après son entrée en fonction]». La convention collective a été conclue en application de l'art. 29 de *The Police Act*, R.S.O. 1970, chap. 351, modifié par 1972 (Ont.), chap. 103. Je reviendrai à l'art. 29 plus loin dans ces motifs; je veux d'abord parler de l'al. 27*b*) du Règlement 680 établi en vertu de *The Police Act*. Cette disposition, qui a été examinée dans l'arrêt *Nicholson*, se lit comme suit:

[2] [1979] 1 R.C.S. 311.

27. No chief of police, constable or other police officer is subject to any penalty under this Part except after a hearing and final disposition of a charge on appeal as provided by this Part, or after the time for appeal has expired, but nothing herein affects the authority of a board or council,

. . .

(*b*) to dispense with the services of any constable within eighteen months of his appointment to the force;

. . .

It is evident that both under section 9 of the collective agreement and under s. 27(*b*) of the Regulation the power to dismiss is in the Board.

On May 14, 1976, Proctor was summoned before the chief of police and told that his services were no longer required, and that he should turn in his equipment, an order which Proctor obeyed. The evidence discloses that Proctor had been with another constable, one Archer, on February 19, 1976 and they were drinking in a tavern in an adjoining municipality. There was a disturbance, the local police were called and, in the result, Archer was dismissed. A hearing into Archer's conduct was launched under *The Police Act*, at which Proctor testified. No decision had been reached at the time that Proctor was dismissed. At the time of dismissal by the police chief, Proctor, on his evidence, said that he asked for the reason and was told "unsatisfactory probation—not what we expected". In his evidence, the police chief said that although he himself did not attend the Archer hearing, he was told that Proctor should be dismissed because he had lied under oath, presumably having given evidence favourable to Archer. I note here that Archer's hearing was on May 13 and Proctor was dismissed the next day.

It was conceded by counsel for the Board that only the Board had power to dismiss a constable, whether a probationer or other, and that the power could not be delegated to nor exercised by the police chief. The record shows that the Board was later advised of the discharge and considered it at

[TRADUCTION] **27.** Un chef de police, officier ou autre agent de police n'est passible d'une peine en vertu de cette Partie qu'après audition et décision finale sur une accusation, selon la procédure d'appel prévue par cette Partie, ou après expiration du délai d'appel, mais rien aux présentes ne porte atteinte au pouvoir d'un comité ou d'un conseil,

. . .

b) de mettre fin à l'emploi d'un agent de police dans les dix-huit mois suivant son entrée en fonction;

. . .

Il est évident, tant en vertu de l'article 9 de la convention collective qu'en vertu de l'al. 27*b*) du Règlement, que le pouvoir de renvoyer appartient au Comité.

Le 14 mai 1976, Proctor a été convoqué devant le chef de police qui lui a dit que ses services n'étaient plus requis et qu'il devait remettre son équipement, ordre auquel Proctor a obtempéré. La preuve révèle que le 19 février 1976 Proctor, en compagnie d'un autre agent de police, un nommé Archer, prenait un verre dans une taverne d'une municipalité voisine. Suite à une bagarre, la police de l'endroit a été appelée et, en conséquence, Archer a été renvoyé. En vertu de *The Police Act*, la conduite d'Archer a fait l'objet d'une enquête à laquelle Proctor a témoigné. Aucune décision n'avait encore été rendue lorsque Proctor a été renvoyé. Proctor affirme dans son témoignage avoir alors demandé le motif de son renvoi au chef de police qui lui a répondu [TRADUCTION] «stage insatisfaisant—pas ce à quoi on s'attendait». Le chef de police déclare dans son témoignage que, bien qu'il n'ait pas assisté en personne à l'enquête Archer, on lui a dit que Proctor devait être renvoyé parce qu'il avait menti sous serment, probablement parce qu'il avait rendu un témoignage favorable à Archer. Je fais remarquer ici que l'enquête Archer a eu lieu le 13 mai et que Proctor a été renvoyé le lendemain.

L'avocat du Comité reconnaît que seul le Comité a le pouvoir de renvoyer un agent de police, qu'il s'agisse d'un agent en stage ou non, et que l'exercice de ce pouvoir ne peut être délégué au chef de police. Le dossier montre que le Comité a ultérieurement été avisé du congédiement et qu'il

a meeting on June 1, 1976. One member felt that the discharge was hasty when a decision on Archer had not yet come down. Nonetheless, the Board, apparently by a majority, confirmed the dismissal. No resolution was passed (as already noted); no minutes were taken; Proctor was never called before the Board and he was not notified by the Board that he stood dismissed.

In the Court of Appeal, Brooke J.A., one of the majority, proceeded on the basis that only the Board could effect the discharge of a constable, although the chief might suspend pending consideration by the Board of a recommendation by him of dismissal. However, he was of the opinion that the provisions of the collective agreement must be realistically applied and that, although the evidence left something to be desired from the point of view of clarity, it was sufficient to show that the effective decision of dismissal was that of the Board. Moreover, no resolution was necessary, as the Divisional Court thought. I do not think it necessary to take any issue with Brooke J.A. on the facts or evaluation of the evidence. Plainly, since the Board did not tell Proctor that he was discharged, the latter was entitled to believe that he had been discharged by the chief of police. The latter had no power to do so. The power of dismissal was vested exclusively in the Board by s. 9 of the collective agreement. A constable is not so lightly to be deprived of his status, as was the case here, and by an unauthorized act.

Thorson J.A., who agreed in the result with Brooke J.A., was of the opinion that s. 29 of *The Police Act* exhaustively enumerated the matters which could be the subject of collective bargaining between the Board and the Sarnia Police Association. That provision, so far as relevant here, reads as follows:

29.—(1) A majority of the members of the police force may, where no agreement exists or at any time after ninety days before an agreement would expire but for section 36, give notice in writing to the council of the municipality or, where there is a board, the board, of its desire to bargain with a view to making an agreement or to the renewal, with or without modifications, of the

l'a examiné à la réunion du 1er juin 1976. Un membre a estimé que le congédiement était hâtif car aucune décision n'avait encore été rendue dans l'affaire Archer. Néanmoins, le Comité, apparemment à la majorité, a confirmé le renvoi. Aucune résolution n'a été adoptée (comme je l'ai déjà signalé), aucun procès-verbal n'a été rédigé, Proctor n'a jamais été convoqué devant le Comité et celui-ci ne l'a pas avisé qu'il était effectivement renvoyé.

En Cour d'appel, le juge Brooke, qui fait partie de la majorité, a pris comme point de départ que seul le Comité peut congédier un agent de police, bien que le chef puisse le suspendre en attendant que le Comité examine sa recommandation de renvoi. Il est toutefois d'avis qu'il faut appliquer les dispositions de la convention collective de façon réaliste et que, bien que la clarté de la preuve laisse quelque peu à désirer, il suffit de démontrer que la décision réelle de renvoi a été prise par le Comité. En outre, aucune résolution n'est nécessaire, contrairement à ce qu'a estimé la Cour divisionnaire. Je ne crois pas nécessaire de contester les conclusions du juge Brooke sur les faits ou sur son évaluation de la preuve. Il est évident que, puisque le Comité n'a pas dit à Proctor qu'il était congédié, celui-ci était fondé à croire que le chef de police l'avait congédié. Or, ce dernier n'avait pas le pouvoir de le faire. L'article 9 de la convention collective confère exclusivement au Comité le pouvoir de renvoi. On ne doit pas priver un agent de police de son statut à la légère comme c'est le cas en l'espèce, et encore moins par une mesure non autorisée.

Le juge Thorson, qui est arrivé à la même conclusion que le juge Brooke, est d'avis que l'art. 29 de *The Police Act* énumère de façon exhaustive les matières qui peuvent faire l'objet de négociations collectives entre le Comité et l'Association de policiers de Sarnia. Voici les paragraphes pertinents de cet article.

[TRADUCTION] **29.** (1) Une majorité des membres de la force policière peut, lorsque aucune convention n'est en vigueur ou dans les quatre-vingt-dix jours qui précèdent la date à laquelle une convention viendrait à expiration si ce n'était de l'article 36, donner un avis écrit au conseil municipal ou au comité, le cas échéant, de son désir de négocier en vue d'en arriver à un accord sur une

agreement then in operation or to the making of a new agreement.

(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.

. . .

It was the learned Justice's view that s. 9 of the collective agreement went beyond the compass of s. 29, above quoted, and that it was not a "working condition". Hence, it could not be relied on (as Brooke J.A. thought) to empower the discharge of a probationary constable without the *Nicholson* requirement of notice of reason and a fair opportunity to respond. However, Thorson J.A. concluded that Proctor knew why he was being discharged, that it was unnecessary to spell it out formally and that he had an opportunity to make a response. It seems to me that the opportunity allegedly given to respond was no opportunity when it was to a person, the chief of police, who, concededly, had no power to effect a dismissal. It is by no means clear that Proctor knew of the reason for dismissal at the time. The learned Justice does not say what the reason was, whether it was the fact that Proctor was with Archer when the latter was involved in a disturbance in a tavern, or whether it was the *post facto* assertion of the chief of police, made not to Proctor but in the chief's evidence, and based on a report from others, that Proctor had lied under oath at the Archer hearing. Nonetheless, he concluded (in agreement with Brooke J.A.) that the evidence supported the view that the Board had made a decision to discharge Proctor and that it was an effective decision.

convention ou sur le renouvellement, avec ou sans modification, de la convention alors en vigueur ou sur une nouvelle convention.

(2) Lorsqu'un avis a été donné en vertu du paragraphe (1), le conseil municipal ou le comité, 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 pensions, 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.

. . .

Le savant juge est d'avis que l'art. 9 de la convention collective excède la portée de l'art. 29 précité et qu'il ne s'agit pas d'une «condition de travail». Ainsi, on ne peut pas l'invoquer (contrairement à ce qu'a estimé le juge Brooke) comme fondement du pouvoir de congédier un agent de police en stage sans respecter les exigences de l'arrêt *Nicholson*, savoir donner un avis des motifs du renvoi et accorder une possibilité équitable de se défendre. Le juge Thorson conclut cependant que Proctor savait pourquoi il était renvoyé, qu'il était inutile de le préciser formellement et qu'il a eu la possibilité de se défendre. Il me semble que la possibilité qu'il aurait eue de se défendre n'en est pas une puisqu'il s'agissait d'une défense devant une personne, le chef de police, qui, de l'aveu général, n'a aucun pouvoir de renvoi. Il est loin d'être évident que Proctor connaissait le motif de son renvoi à l'époque. Le savant juge ne dit pas quel est ce motif, si c'est le fait que Proctor était avec Archer lorsque ce dernier a participé à une bagarre dans une taverne ou si c'est la déclaration postérieure que le chef de police a faite non pas à Proctor mais dans son témoignage, et fondée sur un rapport venant de tiers, que Proctor avait menti sous serment à l'enquête Archer. Il a néanmoins conclu (d'accord avec le juge Brooke) que la preuve étaye l'opinion que le Comité a pris la décision de renvoyer Proctor et que cette décision est valable.

This is a strange conclusion when the Board said nothing to Proctor, did not see him or have any correspondence with him and when, on the record, the discharge was effected by the chief of police. Madam Justice Wilson is on unassailable ground in her position that the Board could not fulfil its statutory function in respect of a dismissal when it did not even let Proctor know that his case was going to be considered. There was, in short, no effective discharge under the law.

Counsel for the respondent Board sought to rely on an assertion by Proctor's counsel in refusing to let Proctor answer a question when he was being cross-examined on his affidavit. In the course of his objection, counsel for Proctor said, *inter alia*, "we are not challenging the merits of the dismissal". The context, in the light of the entire statement, is clear enough, namely, that the relevant issue was whether the chief of police had the authority to make the dismissal. I see nothing in the point raised by counsel for the Board, a point not even taken in the Courts below.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Ontario Court of Appeal and restore the formal order of the Divisional Court, with the additional direction that Proctor is entitled to such status as he would have gained had he not been unlawfully dismissed. The appellant is entitled to costs throughout, but there will be no costs to or against the statutory intervener, the Attorney General of Ontario.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McEachran & Associates, Sarnia.

Solicitors for the respondent: Rowan & Temple, Toronto.

Solicitor for the intervener: Dennis W. Brown, Toronto.

C'est une conclusion étrange si l'on considère que le Comité n'a rien dit à Proctor, ne l'a pas vu et n'a pas communiqué par écrit avec lui et que, suivant le dossier, c'est le chef de police qui a procédé au renvoi. Madame le juge Wilson est dans une position inattaquable lorsqu'elle dit que le Comité n'a pas pu s'acquitter du devoir que lui confère la loi en matière de renvoi puisqu'il n'a même pas fait savoir à Proctor que son cas allait être examiné. Bref, il n'y a pas eu de renvoi valable en droit.

L'avocat du Comité intimé a cherché à s'appuyer sur une déclaration que l'avocat de Proctor a faite en refusant de laisser son client répondre à une question au contre-interrogatoire sur son affidavit. En formulant son objection, l'avocat de Proctor a notamment dit [TRADUCTION] «nous ne contestons pas le bien-fondé du renvoi». Le contexte de la déclaration complète est suffisamment clair: la question pertinente était de savoir si le chef de police avait le pouvoir d'effectuer le renvoi. Je n'accorde aucune valeur au point soulevé par l'avocat du Comité, point qu'il n'a même pas invoqué devant les tribunaux d'instance inférieure.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir l'ordonnance de la Cour divisionnaire assortie de l'ordre additionnel d'accorder à Proctor le statut auquel il aurait eu droit s'il n'avait pas été illégalement congédié. L'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours, mais il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'égard du procureur général de l'Ontario dont la Loi exigeait l'intervention.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs pour l'appelant: McEachran & Associates, Sarnia.

Procureurs pour l'intimé: Rowan & Temple, Toronto.

Procureur pour l'intervenant: Dennis W. Brown, Toronto.

The Attorney General of Canada (*Defendant*) *Appellant*;

and

Inuit Tapirisat of Canada and the National Anti-poverty Organization (*Plaintiffs*) *Respondents.*

1980: February 12; 1980: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Decision of CRTC — Review by Governor in Council — Rules of natural justice and duty of fairness — Whether Governor in Council subject to judicial review — National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17 as amended, s. 64 — Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2 as amended, ss. 320, 321(1) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28.

After the approval by the CRTC of a new rate structure for Bell Canada, the plaintiffs-respondents appealed the CRTC decision to the Governor General in Council pursuant to s. 64(1) of the *National Transportation Act*. Their petitions having been denied, the respondents attacked the decisions of the Governor General in Council alleging that they had not been given a hearing in accordance with the principles of natural justice. This appeal arises from an application made in the Trial Division of the Federal Court for an order striking out the plaintiffs' statement of claim on the ground that the statement disclosed "no reasonable cause of action". The application was granted but the Federal Court of Appeal set aside the order of the Trial Division judge. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The substance of the question before this Court in this appeal is whether there is a duty to observe natural justice in, or at least a duty of fairness incumbent on, the Governor in Council in dealing with parties such as the respondents upon their submission of a petition under s. 64(1) of the *National Transportation Act*.

Such petitions are to be contrasted with the mechanism for appeal to the Federal Court of Appeal on questions of law or jurisdiction provided in subs. (2) and following of s. 64. The courts have held that the rules of natural justice and the duty to act fairly depend on the

Le procureur général du Canada (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Inuit Tapirisat of Canada et l'Organisation nationale d'anti-pauvreté (*Demanderesses*) *Intimées.*

1980: 12 février; 1980: 7 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Décision du CRTC — Révision du gouverneur en conseil — Règles de justice naturelle et obligation d'agir équitablement — Contrôle judiciaire du gouverneur en conseil ou non — Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17 et modifications, art. 64 — Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2 et modifications, art. 320, 321(1) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28.

Après l'approbation par le CRTC d'une nouvelle structure de tarifs pour Bell Canada, les demanderesses-intimées ont appelé de la décision du CRTC au gouverneur en conseil conformément au par. 64(1) de la *Loi nationale sur les transports*. Leur requête ayant été rejetée, les intimées ont contesté les décisions du gouverneur en conseil allèguant qu'elles n'ont pas eu d'audience conforme aux principes de justice naturelle. Ce pourvoi découle d'une demande adressée à la Division de première instance de la Cour fédérale visant la radiation de la déclaration des demanderesses pour le motif qu'elle ne révèle «aucune cause raisonnable d'action». La déclaration a été accueillie, mais la Cour d'appel fédérale a infirmé l'ordonnance du juge de la Division de première instance. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le fond de la question soumise à cette Cour en l'espèce est de savoir si le gouverneur en conseil a l'obligation d'observer les règles de justice naturelle ou, du moins l'obligation d'agir équitablement, lorsqu'il examine une requête que des parties comme les intimées ont présentée en vertu du par. 64(1) de la *Loi nationale sur les transports*.

Il faut souligner la différence entre ces requêtes et le processus d'appel à la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence conformément au par. 2 et suivants de l'art. 64. Les tribunaux ont jugé que les règles de justice naturelle et le devoir d'agir équita-

circumstances of the case, the nature of the inquiry or investigation, the subject matter that is being dealt with, the consequences on the persons affected and so forth. The mere fact that a decision is made pursuant to a statutory power vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review if the latter fails to observe a condition precedent to the exercise of that power, whether such power is classified as administrative or quasi-judicial. However in this case, there is no failure to observe a condition precedent but rather the attack is directed at procedures adopted by the Governor in Council, once validly seized of the respondents' petitions. The very nature of the Governor in Council must be taken into account in assessing the technique of review which he adopted. The executive branch cannot be deprived of the right to resort to its staff, departmental personnel and ministerial members concerned with the various policy issues raised by a petition.

Under s. 64(1), the Governor in Council is not limited to varying orders made *inter partes* but he may act "of his motion"; he may act "at any time"; he may vary or rescind any order, decision, rule or regulation "in his discretion". Parliament has in s. 64(1) not burdened the Governor in Council with any standards or guidelines in the exercise of its rate review function. Nor were procedural standards imposed or even implied. The discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries of s. 64(1). Furthermore there is no need for the Governor in Council to give reasons for his decision, to hold any kind of hearing, or even to acknowledge the receipt of a petition. Where the executive branch has been assigned a function performable in the past by the Legislature itself and where the *res* or subject matter is not an individual concern, considerations different from *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, arise. In such a circumstance the Court must fall back upon the basic jurisdictional supervisory role and in so doing construe the statute to determine whether the Governor in Council has performed its functions within the boundary of the parliamentary grant and in accordance with the terms of the parliamentary mandate.

Further, there is nothing in s. 64(1) to justify a variable yardstick for the application to that section of the principle of fairness according to the source of the information placed before the Governor in Council. Once the proper construction of the section is determined, it applies consistently throughout the proceedings before the Governor in Council.

blement dépendent des circonstances de l'affaire, de la nature de l'enquête ou investigation, de la question traitée, des conséquences pour les personnes en cause etc. Le simple fait qu'une décision soit prise en vertu d'un pouvoir conféré par la Loi au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision si ce dernier n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, que ce pouvoir soit classé comme administratif ou quasi judiciaire. En l'espèce cependant, on n'allègue pas la violation d'une condition préalable, mais l'action vise plutôt les procédures adoptées par le gouverneur en conseil, une fois que la requête des intimées a été validement soumise. Il faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de l'organisme. On ne peut priver l'Exécutif de son droit d'avoir recours à son personnel, aux fonctionnaires du ministère, des ministres membres du conseil concernés par les nombreuses questions d'intérêt public soulevées par la requête.

Le paragraphe 64(1) ne limite pas l'action du gouverneur en conseil à la modification des ordonnances *inter partes*; il peut agir «de son propre mouvement», «en tout temps»; il peut modifier ou rescinder toute ordonnance, décision, règle ou règlement «à sa discrétion». Le législateur n'a pas imposé au gouverneur en conseil par le par. 64(1) de normes ou de règles applicables à l'exercice de sa fonction de révision des tarifs. Il n'a pas imposé non plus de normes de procédure expresses ou même implicites. Le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites de compétence fixées par le par. 64(1). De plus, le gouverneur en conseil n'a pas à motiver sa décision, à tenir quelque audience que ce soit ni même à accuser réception d'une requête. Si l'Exécutif s'est vu attribuer une fonction auparavant remplie par le législatif lui-même et que la *res* ou l'objet n'est pas de nature personnelle, des considérations différentes de celles de l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, entrent en jeu. En pareil cas, la Cour doit revenir à son rôle fondamental de surveillance de la compétence et, ce faisant, interpréter la loi pour établir si le gouverneur en conseil a rempli ses fonctions dans les limites du pouvoir et du mandat que lui a confiés le législateur.

De plus, rien au par. 64(1) ne justifie l'adoption d'un critère variable pour appliquer à ce paragraphe le principe d'équité selon la source des renseignements communiqués au gouverneur en conseil. Une fois établie, la bonne interprétation à y donner s'applique à l'ensemble des procédures devant le gouverneur en conseil.

Ross v. Scottish Union and National Insurance Co. (1920), 47 O.L.R. 308; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297; *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Border Cities Press Club v. Attorney General for Ontario*, [1955] 1 D.L.R. 404; *Martineau v. Matsqui Institution (No. 2)*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Re Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 553; *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Essex County Council v. Minister of Housing* (1967), 66 L.G.R. 23, referred to; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, considered.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], setting aside the order of the Trial Division. Appeal allowed and order of the Trial Division restored.

E. A. Bowie, and *H. L. Molot*, for the defendant, appellant.

B. A. Crane, Q.C., and *Andrew J. Roman*, for the plaintiffs, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—This appeal relates to the proper disposition of an application made in the Trial Division of the Federal Court of Canada for an order pursuant to the rules of that Court striking out the statement of claim and dismissing this action on the grounds that the statement of claim discloses "no reasonable cause of action". Mr. Justice Marceau of the Trial Division of the Federal Court allowed the application, struck out the statement of claim, and dismissed the action. The Federal Court of Appeal set aside the order of the Trial Division although in doing so found that there was no basis for the relief sought in the statement of claim except with regard to one issue to which I will make reference later. The effect, therefore, of the disposition below is that if left undisturbed, the matter would go to trial on the basis of the pleadings as they now stand.

[1] [1979] 1 F.C. 710.

Jurisprudence: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.* (1920), 47 O.L.R. 308; *Wiseman v. Borneman*, [1971] A.C. 297; *Pearlberg v. Varty*, [1972] 1 W.L.R. 534; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109; *Selvarajan v. Race Relations Board*, [1976] 1 All E.R. 12; *Border Cities Press Club v. Attorney General for Ontario*, [1955] 1 D.L.R. 404; *Martineau c. L'Institution de Matsqui (nº 2)*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Re Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al.* (1977), 15 O.R. (2d) 553; *Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Bates v. Lord Hailsham*, [1972] 1 W.L.R. 1373; *Essex County Council v. Minister of Housing* (1967), 66 L.G.R. 23; arrêt examiné: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a infirmé l'ordonnance de la Division de première instance. Pourvoi accueilli et ordonnance de la Division de première instance rétablie.

E. A. Bowie, et *H. L. Molot*, pour le défendeur, appelant.

B. A. Crane, c.r., et *Andrew J. Roman*, pour les demanderesses, intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Ce pourvoi a trait à une demande adressée à la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada visant la radiation de la déclaration et le rejet de l'action conformément aux règles de la Cour fédérale, pour le motif que la déclaration ne révèle «aucune cause raisonnable d'action». Le juge Marceau de la Division de première instance a accueilli la demande, radié la déclaration et rejeté l'action. La Cour d'appel fédérale a infirmé l'ordonnance de la Division de première instance mais, ce faisant, elle a conclu que le redressement demandé ne se fondait aucunement sur la déclaration, sauf sur un point dont je reparlerai plus loin. Si la décision de la Division d'appel n'est pas modifiée, l'affaire ira à audience sur la base des procédures écrites existantes.

[1] [1979] 1 C.F. 710.

A brief outline of events leading up to these proceedings will be helpful. The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (herein for brevity referred to as the CRTC), in response to an application from Bell Canada, conducted lengthy hearings concerning a proposed increase in telephone rates to be charged to subscribers in the provinces of Ontario and Quebec and in the Northwest Territories. The plaintiffs/respondents participated in these hearings as intervenants throughout. In conducting these proceedings, the CRTC was proceeding under authority provided in the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2 as amended, the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17 as amended, and the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, S.C. 1974-75-76, c. 49. We are not here concerned with the actual proceedings before the CRTC. The balance of the narrative can best be set out by quoting from the statement of claim which, because this is an application for dismissal, must be taken as proved.

5. On June 1st, 1977 the CRTC issued its decision in the matter, which decision denied some of the relief sought by each of the plaintiffs.

6. On June 10th, 1977 ITC [a respondent herein] appealed the decision of the CRTC to the Governor-in-Council pursuant to section 64 of the *National Transportation Act*, requesting the Governor-in-Council to set aside the relevant portion of the decision of the CRTC and to substitute its own order therefor. On June 29th, 1977 Bell Canada issued a reply thereto. While ITC was preparing its final reply to the reply of Bell Canada, the Governor-in-Council decided the appeal adversely to ITC. On July 14th, 1977 Order-in-Council P.C. 1977-2027 was made. ITC's final reply was never submitted.

7. On June 9th, 1977 NAPO [a respondent herein] also appealed the decision of the CRTC to the Governor-in-Council pursuant to section 64 of the *National Transportation Act*, to which Bell Canada prepared a reply dated June 29th, 1977. The Governor-in-Council decided this appeal adversely to NAPO without waiting to receive the final reply of NAPO. On July 14th, 1977 Order-in-Council P.C. 1977-2026 was made. NAPO's final reply was never submitted.

8. In arriving at its decision the Governor-in-Council, following customary practice, allowed no oral presentation but conducted the hearing entirely in writing. However, following the usual practice, the actual written

Il est utile de rappeler brièvement les événements à l'origine de ces procédures. Suite à une demande de Bell Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (ci-après abrégé en CRTC) a tenu de longues audiences sur l'augmentation envisagée des tarifs de téléphone exigés des abonnés des provinces de l'Ontario et de Québec et des territoires du Nord-Ouest. Les demanderesses intimées ont participé, à titre d'intervenantes, à ces audiences du début à la fin. Le CRTC agissait en vertu du pouvoir que lui confère la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, chap. R-2 et modifications, la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, chap. N-17 et modifications, et la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 49. Les audiences qu'a tenues le CRTC ne sont pas pertinentes en l'espèce. La meilleure façon d'exposer les faits est de reproduire les passages suivants de la déclaration qu'il faut tenir pour avérée puisqu'il s'agit d'une demande de radiation.

[TRADUCTION] 5. Le 1er juin 1977, le CRTC a rendu sa décision dans cette affaire, refusant d'accorder une partie du redressement demandé par chacune des demanderesses.

6. Le 10 juin 1977, ITC [intimée en l'espèce] en a appelé de la décision du CRTC au gouverneur en conseil conformément à l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, lui demandant d'annuler la partie pertinente de la décision du CRTC et d'y substituer son propre décret. Le 29 juin 1977, Bell Canada a produit une réponse à cette requête. Pendant qu'ITC préparait sa réplique à la réponse de Bell Canada, le gouverneur en conseil a tranché l'appel de façon défavorable à ITC. Le 14 juillet 1977, le décret C.P. 1977-2027 a été adopté. ITC n'a jamais soumis sa réplique.

7. Le 9 juin 1977, l'ONAP [intimée en l'espèce] en a également appelé de la décision du CRTC au gouverneur en conseil conformément à l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, et Bell Canada a présenté une réponse en date du 29 juin 1977. Le gouverneur en conseil a tranché cet appel de façon défavorable à l'ONAP sans attendre de recevoir la réplique de cette dernière. Le 14 juillet 1977, le décret C.P. 1977-2026 a été adopté. L'ONAP n'a jamais soumis sa réplique.

8. Pour arriver à sa décision, suivant la pratique habituelle, le gouverneur en conseil n'a pas permis d'argumentation orale, mais a tenu l'audition entièrement par écrit. Cependant, suivant la pratique ordinaire, le texte

submissions of the parties were not presented to the members of the Governor-in-Council but rather, evidence and opinions were obtained from officials of the Department of Communications as to:

a) What that Department thought were the positions of the parties in the appeal;

b) The position of the Department, or certain officials thereof, in relation to the facts and issues in the appeal;

c) Whether either or both of the appeals should be allowed. None of this evidence or these opinions have ever been communicated to the appellants (plaintiffs herein).

9. The CRTC was requested by the Governor-in-Council to submit its views as to the disposition of the appeals. These views of the CRTC were neither made available to the appellants (plaintiffs herein) by the CRTC itself, nor by the Governor-in-Council.

10. The Minister of Communications, at the meeting of the Governor-in-Council at which the appeals were decided, both participated in the making of the decisions and submitted to the meeting her recommendation that the decision be that the appeals be disallowed, together with evidence and argument in support of this recommendation. The submissions of the Minister were a conduit for, were based upon, or at least included evidence, opinions and recommendations from the CRTC and from officials of her Department. Neither the content of these opinions and recommendations nor of any evidence or argument submitted in support thereof has ever been communicated to the appellants (plaintiffs herein), and hence the plaintiffs have been denied an opportunity to make a reply thereto; yet the two decisions and the resultant Orders-in-Council were made on the basis of the submissions of the Minister.

11. The plaintiffs submit that the defendant Governor-in-Council, when deciding a matter on a petition pursuant to section 64 of the *National Transportation Act*, is a Federal Board, Commission or other tribunal within the meaning of section 18 of the *Federal Court Act*.

12. The plaintiffs submit that the defendant Governor-in-Council was required to decide these appeals himself and to reach these decisions by means of a procedure which is fair and in accordance with the principles of natural justice.

13. The plaintiffs submit that in the circumstances, the Governor-in-Council held no hearing in any meaningful sense of that word, and that, therefore, the decisions and Orders-in-Council made pursuant to them are nullities. Alternatively, it is submitted that if there was a hearing,

même des mémoires des parties n'a pas été soumis aux membres du gouverneur en conseil; on a plutôt obtenu des dépositions et des avis de fonctionnaires du ministère des Communications concernant:

a) l'opinion du ministère sur les positions des parties à l'appel;

b) la position du ministère, ou de certains de ses fonctionnaires, quant aux faits et aux questions en litige en appel;

c) la question de savoir si l'un ou l'autre des appels ou les deux devraient être accueillis. On n'a jamais communiqué aux appelantes (demanderesses en l'espèce) ces dépositions ou ces avis.

9. Le gouverneur en conseil a demandé au CRTC de faire connaître son opinion sur la disposition des appels. Ces opinions n'ont été communiquées aux appelantes (demanderesses en l'espèce) ni par le CRTC lui-même ni par le gouverneur en conseil.

10. A la réunion du gouverneur en conseil où les appels ont été tranchés, le ministre des Communications a à la fois participé aux décisions qui ont été prises et a soumis au conseil sa recommandation de rejet des appels, de même que des dépositions et des arguments à l'appui de cette recommandation. Les mémoires soumis par le ministre ont servi à transmettre les dépositions, opinions et recommandations du CRTC et des fonctionnaires de son ministère; ils étaient fondés sur celles-ci ou du moins les comprenaient. Ni ces opinions et recommandations ni aucune déposition ou argument soumis à leur appui n'ont jamais été communiqués aux appelantes (demanderesses en l'espèce), et les demanderesses ont par conséquent été privées de la possibilité d'y répondre; pourtant les deux décisions et les décrets en découlant ont été pris sur le fondement des mémoires soumis par le ministre.

11. Les demanderesses font valoir que lorsque le gouverneur en conseil défendeur tranche une question qui lui est soumise par requête conformément à l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, il constitue un office, une commission ou un autre tribunal fédéral au sens de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

12. Les demanderesses font valoir que le gouverneur en conseil défendeur était requis de se prononcer personnellement sur ces appels et d'arriver à ces décisions en suivant une procédure équitable et conforme aux principes de justice naturelle.

13. Les demanderesses font valoir que, dans les circonstances, le gouverneur en conseil n'a pas tenu d'audience à proprement parler et que, par conséquent, les décisions et les décrets en découlant sont nuls. Subsidiairement, elles font valoir que, s'il y a eu une audience, la procé-

the procedure employed did not result in a fair hearing, hence the decisions and orders resulting are nullities.

14. Accordingly, the plaintiffs pray for the following relief:

*i)

ii) In the alternative, a declaration that the procedure employed by the Governor-in-Council in these two appeals resulted in:

a) no hearing having been held, or in the alternative,

b) such hearing as was held was not a full and fair hearing, in accordance with the principles of natural justice.

iii) Such other relief as the Court deems proper.

* This paragraph being a prayer for issuance of writ of *certiorari* was omitted as the respondents, after the judgment of the court of first instance was issued, no longer advanced this claim. We are now concerned only with para. 14(ii) of the prayer for relief in which a declaration is sought.

Paragraph 14(ii) does not, of course, when read literally, frame a proper request for declaration. There is no declaration sought with reference to any rights or obligations allegedly arising in the parties to the proceeding. The declaration is with reference to a failure to hold a hearing, or, in any case, "a full and fair hearing" without reference to any statutory or other right or duty relating to the parties. The declaration sought should have related to the inferentially alleged invalidity of the two Orders-in-Council issued by the Governor-in-Council in response to the petition of the respondents, and I proceed to dispose of this appeal on the basis that the prayer for relief was so framed.

As I have said, all the facts pleaded in the statement of claim must be deemed to have been proven. On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt": *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*[2] Here Bell Canada in its statement of defence has raised the issue of law as to the position of the Governor in Council when

[2] (1920), 47 O.L.R. 308 (App. Div.).

dure suivie a empêché qu'elle soit équitable et que, par conséquent, les décisions et les décrets en résultant sont nuls.

14. Les demanderesses requièrent donc les mesures correctives suivantes:

*i)

ii) A titre subsidiaire, une déclaration portant que, vu la procédure suivie par le gouverneur en conseil dans ces deux appels,

a) aucune audition n'a été tenue, ou, subsidiairement,

b) l'audition tenue n'a été ni complète ni équitable, et ce contrairement aux principes de justice naturelle.

iii) Tout autre redressement que la Cour estime approprié.

* Cet alinéa relatif à la délivrance d'un bref de *certiorari* a été omis vu qu'une fois la décision de première instance rendue, les intimées ont abandonné cette demande. Le seul alinéa soumis est l'al. 14ii) de la demande de redressement qui vise à obtenir une déclaration.

L'alinéa 14ii) ne formule pas, en soi, une demande régulière de déclaration. On n'y réclame aucune déclaration concernant des droits ou obligations qui incomberaient aux parties à l'instance. La déclaration se rapporte au défaut de tenir une audience ou à tout le moins «une audience complète et équitable» sans référence à aucun droit ni obligation prévu par la loi ou autrement et incombant aux parties. La déclaration demandée aurait dû viser implicitement l'invalidité alléguée des deux décrets adoptés par le gouverneur en conseil à la requête des intimées, et je me propose de statuer sur ce pourvoi en tenant pour acquis que la demande de redressement est formulée en ce sens.

Comme je l'ai dit, il faut tenir tous les faits allégués dans la déclaration pour avérés. Sur une requête comme celle-ci, un tribunal doit rejeter l'action ou radier une déclaration du demandeur seulement dans les cas évidents et lorsqu'il est convaincu qu'il s'agit d'un cas «au-delà de tout doute»: *Ross v. Scottish Union and National Insurance Co.*[2] En l'espèce, dans sa défense, Bell Canada a soulevé une question de droit: quelle est la position du gouverneur en conseil lorsqu'il agit

[2] (1920), 47 O.L.R. 308 (Div. App.).

acting under s. 64 of the *National Transportation Act*, *supra*, and the power and jurisdiction of the court in relation thereto. The issue so raised requires for its disposition neither additional pleadings nor any evidence. I therefore agree with respect with the judge of first instance that it is a proper occasion for a court to respond in the opening stages of the action to such an issue as this application raises.

The defendants other than Bell Canada comprise the occupant of the office of the Governor General of Canada at the time of the commencement of these proceedings and the then members of the federal Cabinet, collectively described in the style of cause as the Governor in Council. I note that the term is defined in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28 in the following way:

"Governor in Council", or "Governor General in Council" means the Governor General of Canada, or person administering the Government of Canada for the time being, acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen's Privy Council for Canada.

The more traditional procedure has been to join only the Attorney General of Canada as a party representing the Governor in Council. Exception was taken to the particular procedure in the motion for dismissal but the learned trial judge did not find it necessary to refer to the matter because he dismissed the action; and the Federal Court of Appeal did not deal with it. Because of the disposition I shall propose, the matter does not require an answer to the second request in the appellant's application wherein the applicant asks that the claim be struck out as against all named defendants other than the Attorney General of Canada.

The CRTC proceedings concerned the application by Bell Canada for approval under s. 320 of the *Railway Act*, *supra*, of those telephone tolls proposed to be charged by Bell Canada for its services in areas including the Northwest Territories. Section 321(1) of the *Railway Act*, *supra*, requires that "all tolls shall be just and reasonable . . .". Subsection (2) prohibits "unjust discrimination" and subs. (3) authorizes the CRTC to determine "as a question of fact" whether or not there has been unjust discrimination or unreasonable

en vertu de l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports*, précitée, et en quoi consistent le pouvoir et la compétence du tribunal à cet égard? Aucune plaidoirie additionnelle ni aucune preuve ne sont nécessaires pour trancher cette question. Par conséquent, je souscris à l'opinion du juge de première instance selon laquelle il s'agit d'un cas où le tribunal peut à bon droit trancher pareille question au stade préliminaire de l'action.

Les défendeurs, autre que Bell Canada, comprennent le gouverneur général du Canada en fonction à l'époque où ces procédures ont été instituées et les membres du Cabinet fédéral de l'époque, appelés collectivement dans l'intitulé le gouverneur en conseil. Cette expression est définie comme suit dans la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28:

«gouverneur en conseil» ou «gouverneur général en conseil» désigne le gouverneur général du Canada ou la personne exerçant alors le gouvernement du Canada, agissant sur et avec l'avis du Conseil privé de la Reine pour le Canada, ou sur et avec l'avis et du consentement dudit Conseil ou de concert avec ce dernier.

La procédure habituelle consiste à ne joindre que le procureur général du Canada comme partie représentant le gouverneur en conseil. On s'est opposé à la procédure suivie dans la demande de rejet, mais le juge de première instance n'a pas estimé nécessaire de traiter de cette question parce qu'il a rejeté l'action; la Cour d'appel fédérale n'en a pas parlé. Vu la conclusion à laquelle j'arrive, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde demande du requérant qui sollicite la radiation de la déclaration à l'égard de tous les défendeurs sauf du procureur général du Canada.

Les audiences du CRTC portaient sur la demande présentée par Bell Canada conformément à l'art. 320 de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, pour faire approuver les taxes de téléphone qu'elle se propose d'exiger pour ses services dans certaines régions dont les territoires du Nord-Ouest. Le paragraphe 321(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, dispose que «toutes les taxes doivent être justes et raisonnables . . .». Le paragraphe (2) interdit la «discrimination injuste» et le par. (3) autorise le CRTC à déterminer

preference. The *National Transportation Act, supra*, makes further provision for such hearings by the CRTC and for appeals therefrom; and we are here principally concerned with s. 64 of that statute, as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65 (Schedule II, Item 32). It provides as follows:

64. (1) The Governor in Council may at any time, in his discretion, either upon petition of any party, person or company interested, or of his own motion, and without any petition or application, vary or rescind any order, decision, rule or regulation of the Commission, whether such order or decision is made *inter partes* or otherwise, and whether such regulation is general or limited in its scope and application; and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding upon the Commission and upon all parties.

(2) An appeal lies from the Commission to the Federal Court of Appeal upon a question of law, or a question of jurisdiction, upon leave therefor being obtained from that Court upon application made within one month after the making of the order, decision, rule or regulation sought to be appealed from or within such further time as a judge of that Court under special circumstances allows, and upon notice to the parties and the Commission, and upon hearing such of them as appear and desire to be heard; and the costs of such application are in the discretion of that Court.

The foregoing statutes were enacted at a time when the approval of telephone tariffs was a function of the Canadian Transport Commission and its predecessors. By the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, supra*, ss. 14, 17 and Schedule Items 2 and 5, the CRTC was assigned these responsibilities with reference to telephones and telegraphs.

The two respondent organizations participated "actively throughout the hearing" (to quote from the statement of claim) in the Bell Canada application "to increase the rates charged to customers". Not being satisfied with the decision of the CRTC, the two respondents had the alternative of appealing to the Federal Court of Appeal on a question of law or jurisdiction (s. 64(2), *supra*) or of filing a petition with the Governor in

«comme question de fait» s'il y a eu ou non une discrimination injuste ou une préférence déraisonnable. La *Loi nationale sur les transports*, précitée, contient des dispositions supplémentaires concernant la tenue des audiences du CRTC et les appels formés contre ses décisions; en l'espèce, il faut tout particulièrement s'arrêter à l'art. 64 de cette loi, modifié par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 65 (Annexe II, item 32). En voici le texte:

64. (1) Le gouverneur en conseil peut à toute époque, à sa discrétion, soit à la requête d'une partie, personne ou compagnie intéressée, soit de son propre mouvement et sans aucune requête ni demande à cet égard, modifier ou rescinder toute ordonnance, décision, règle ou règlement de la Commission, que cette ordonnance ou décision ait été rendue *inter partes* ou autrement, et que ce règlement ait une portée et une application générales ou restreintes; et tout décret que le gouverneur en conseil prend à cet égard lie la Commission et toutes les parties.

(2) Les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou une question de compétence, quand une autorisation à cet effet a été obtenue de ladite Cour sur demande faite dans le délai d'un mois après que l'ordonnance, l'arrêt ou le règlement dont on veut appeler a été établi, ou dans telle autre limite de temps que le juge permet dans des circonstances spéciales, après avis aux parties et à la Commission, et après audition de ceux des intéressés qui comparaissent et désirent être entendus; et les frais de cette demande sont à la discrétion de ladite Cour.

Ces lois ont été adoptées à l'époque où l'approbation des tarifs relevait de la Commission canadienne des transports et de ses prédécesseurs. La *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, précitée, art. 14, 17 et items 2 et 5 de l'Annexe, a confié ces responsabilités au CRTC en ce qui concerne le téléphone et le télégraphe.

Les deux organisations intimées ont [TRADUCTION] «participé activement aux audiences» (je cite la déclaration) relative à la demande de Bell Canada «visant à augmenter les tarifs exigés des clients». Mécontentes de la décision du CRTC, les deux intimées avaient le choix d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence (par. 64(2), précité) ou de présenter une requête au gouverneur en conseil lui

Council "to set aside the relevant portion of the decision of the CRTC and to substitute its own order therefor" (to quote from para. 6 of the statement of claim). The respondents elected to follow the latter course. The record does not reveal the contents of the respondents' petition and arguments, if any, in support of their application to the Governor in Council. Paragraph 10 of the claim asserts, and I treat it for the purposes of these proceedings as factually correct, that the Governor in Council received recommendations from the Minister of Communications, together with evidence and argument in support; evidence, opinions, and recommendations from the CRTC; reports from officials of the Department of Communications; and the reply of Bell Canada to each of the respondents' petitions. The respondents did not receive from the Governor in Council the contents of the recommendations and the material described in para. 10 of the claim, *supra*, but apparently did receive a copy of the Bell Canada reply to the petition. The Governor in Council denied the petitions of the respondents before the respondents had filed their respective responses to Bell Canada. According to the allegations made in the statement of claim, the Governor in Council did not communicate to the respondents the substance of the material received from the Minister and other sources mentioned above and did not invite and consequently did not receive the respondents' comments on such material. No oral hearing occurred in the sense of a session at which the Governor in Council heard the petitioners and the various respondents, and indeed the respondents do not insist that such a procedure is prescribed by law and do not now press for an 'oral' hearing. Before this Court the respondents' position was principally founded on the failure of the Governor in Council (a) to receive the actual petitions of the respondents and (b) to afford the respondents the opportunity to respond to the case made against them by the Minister, the departmental officials and the CRTC. To a much lesser extent the respondents objected to the lack of opportunity to answer the response by Bell Canada to the petitions, presumably because the respondents had already encountered at length the arguments and submissions of Bell Canada during the

demandant d'annuler la partie pertinente de la décision du CRTC et d'y substituer son propre décret» (par. 6 de la déclaration). Les intimées ont choisi la seconde voie. Le contenu de la requête des intimées et leurs arguments à l'appui de la demande qu'elles ont adressée au gouverneur en conseil, ne se trouvent pas au dossier. Le paragraphe 10 de la déclaration affirme, et aux fins de ces procédures je considère ces faits comme exacts, que le gouverneur en conseil a reçu des recommandations du ministre des Communications, de même que des dépositions et arguments à leur appui; des dépositions, avis et recommandations du CRTC; des rapports de fonctionnaires du ministère des Communications; et la réponse de Bell Canada aux requêtes de chaque intimée. Les intimées n'ont pas reçu du gouverneur en conseil le contenu des recommandations ni les documents énumérés au paragraphe 10 de la déclaration, précité, mais elles ont apparemment reçu une copie de la réponse de Bell Canada à la requête. Le gouverneur en conseil a rejeté les requêtes des intimées avant qu'elles n'aient pu déposer leurs répliques respectives à Bell Canada. Selon la déclaration, le gouverneur en conseil n'a pas communiqué aux intimées la substance des documents reçus du Ministre et des autres sources mentionnées, il ne les a pas invitées à les commenter et, par conséquent, n'a reçu aucun commentaire de leur part. Il n'y a pas eu d'audition orale, c'est-à-dire de rencontre où le gouverneur en conseil aurait entendu les requérantes et les diverses intimées, et d'ailleurs les intimées ne prétendent pas qu'il faut en droit suivre cette procédure et n'insistent pas pour qu'il y ait une audition «orale». La position des intimées devant cette Cour est fondée principalement sur l'omission du gouverneur en conseil a) de recevoir les requêtes des intimées et b) de donner aux intimées la possibilité de contester les arguments que le Ministre, les fonctionnaires de son ministère et le CRTC ont avancés contre elles. Les intimées se sont élevées, mais avec beaucoup moins d'insistance, contre l'impossibilité dans laquelle on les a placées d'opposer une réplique à la réponse de Bell Canada aux requêtes, probablement parce qu'elles avaient déjà affronté tous les arguments et prétentions de Bell Canada au cours des audiences devant le CRTC et avaient sûrement prévu quelle

CRTC hearings and had no doubt anticipated Bell Canada's position in their respective petitions to the Governor in Council.

In support of these objections to the course followed by the Governor in Council the respondents submit:

(a) that the Governor in Council acting under s. 64 is a quasi-judicial body or at least owes the respondents a duty of fairness;

(b) the duty includes disclosure to the respondent of submissions received from the CRTC;

(c) the respondents have the right to answer Bell Canada if it has introduced some new aspect or submission;

(d) the very minimum requirement is that the actual written submissions of the petitioners (respondents) must be placed before the Council and not a summary thereof prepared by officials;

(e) the Governor in Council is required by s. 64 to give notice to all "parties" even if it moves on its own initiative (as the subsection authorizes it to do) so as to give prior notice to all those who may be affected by the rules to be established by the Governor in Council.

I turn then to the wording of s. 64 itself. This provision finds its roots in the *Railway Act, 1868,* 31 Vict., c. 68, subss. 12(9) and 12(10), which gave to the Governor in Council the power to approve rates and tariffs for the haulage of freight by rail. In 1903 the task was given to the Board of Railway Commissioners. Section 64 assumed its present form in the *Railway Act, 1903,* 3 Edw. VII, c. 58, s. 44. All these statutes related to railway rates in the first instance and eventually were extended to cover telephone and telegraph rates. In the meantime provision had been made for telephone rates and charges in the private statutes of incorporation of the Bell Telephone Company of Canada, for example the 1892 *Bell Telephone Company of Canada Act*, 55-56 Vict., c. 67, s. 3:

The existing rates shall not be increased without the consent of the Governor in Council.

serait la position de Bell à l'égard de leurs requêtes respectives au gouverneur en conseil.

A l'appui de leurs oppositions à la procédure suivie par le gouverneur en conseil, les intimées allèguent que:

a) le gouverneur en conseil, lorsqu'il agit en vertu de l'art. 64, est un organisme quasi judiciaire ou a au moins l'obligation d'agir équitablement envers les intimées;

b) cette obligation emporte celle de communiquer aux intimées les mémoires reçus du CRTC;

c) les intimées ont le droit de répondre à Bell Canada si celle-ci fait valoir un point de vue ou un argument nouveau;

d) il faut à tout le moins présenter au conseil le texte même des mémoires des requérantes (intimées) et non un résumé de ceux-ci rédigé par des fonctionnaires;

e) le gouverneur en conseil doit, en vertu de l'art. 64, aviser toutes les «parties», même s'il agit de son propre mouvement (ce que l'article l'autorise à faire), de façon à donner un préavis à tous ceux que les règles qu'il va édicter sont susceptibles de toucher.

J'en viens au texte de l'art. 64. Cette disposition découle de *L'acte des chemins de fer, 1868*, 31 Vict., chap. 68 dont les par. 12(9) et 12(10) ont conféré au gouverneur en conseil le pouvoir d'approuver les taux et tarifs de transport de marchandises par rail. En 1903, cette responsabilité a été confiée à la Commission des chemins de fer pour le Canada. L'article 64 a pris sa forme actuelle dans l'*Acte des chemins de fer,* 1903, 3 Edw. VII, chap. 58, art. 44. Toutes ces lois visaient d'abord les tarifs de chemins de fer et ont ensuite été étendues de façon à s'appliquer aux tarifs de téléphone et de télégraphe. Entre temps, les lois privées qui ont constitué la Compagnie canadienne de téléphone Bell, par exemple l'*Acte concernant la Compagnie canadienne de téléphone Bell* de 1892, 55-56 Vict., chap. 67, art. 3 ont édicté des dispositions visant les tarifs de téléphone:

Les tarifs actuels ne seront pas élevés sans le consentement du Gouverneur en conseil.

In its present state, s. 64 creates a right of appeal on questions of "law or jurisdiction" to the Federal Court of Appeal and an unlimited or unconditional right to petition the Governor in Council to "vary or rescind" any "order, decision, rule or regulation" of the Commission. These avenues of review by their terms are quite different. The Governor in Council may vary any such order on his own initiative. The power is not limited to an order of the Commission but extends to its rules or regulations. The review by the Governor in Council is not limited to an order made by the Commission *inter partes* or to an order limited in scope. It is to be noted at once that following the grant of the right of appeal to the Court in subs. (2), there are five subsections dealing with the details of an appeal to the Court. There can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions under subs. (1).

Dans sa forme actuelle, l'art. 64 crée un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur des questions de «droit ou ... de compétence» et un droit illimité ou inconditionnel de demander par requête au gouverneur en conseil de «modifier ou rescinder» toute «ordonnance, décision, règle ou règlement» du Conseil. Les modalités de ces deux voies de révision sont très différentes. Le gouverneur en conseil peut modifier toute ordonnance de son propre mouvement. Ce pouvoir n'est pas limité à une ordonnance du Conseil mais s'étend à ses règles ou règlements. La révision par le gouverneur en conseil n'est pas limitée à une ordonnance rendue par le Conseil *inter partes* ou à une ordonnance de portée limitée. Il faut noter dès maintenant qu'à la suite du par. (2), qui octroie le droit d'appel à la Cour fédérale, se trouvent cinq dispositions qui en règlent les détails. Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1).

The substance of the question before this Court in this appeal is this: is there a duty to observe natural justice in, or at least a lesser duty of fairness incumbent on, the Governor in Council in dealing with parties such as the respondents upon their submission of a petition under s. 64(1)? It will be convenient first to consider briefly the nature of the duty to be fair in our law.

Le fond de la question soumise à la Cour dans ce pourvoi est de savoir si le gouverneur en conseil a l'obligation d'observer les règles de justice naturelle ou, du moins, l'obligation moindre d'agir équitablement lorsqu'il examine une requête que des parties comme les intimées ont présentée en vertu du par. 64(1). Il convient d'examiner d'abord brièvement la nature de l'obligation d'agir équitablement dans notre droit.

It has been said by Lord Reid in *Wiseman v. Borneman*[3], at p. 308:

Natural justice requires that the procedures before any tribunal which is acting judicially shall be fair in all the circumstances.

Lord Reid a dit, dans l'arrêt *Wiseman v. Borneman*[3], à la p. 308:

[TRADUCTION] La justice naturelle exige que la procédure appliquée devant toute autorité agissant à titre judiciaire soit équitable en toutes circonstances.

Such a broad statement depends for its validity upon the meaning to be ascribed to "any tribunal", and to the terms of its parent statute. This Court was concerned with such matters in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police and the Attorney General for Ontario*[4]. A probationary constable was dismissed without being told why his services were being dispensed with and without being given an oppor-

La validité d'un énoncé aussi général dépend du sens que l'on donne à l'expression «toute autorité» et aux termes de la loi qui crée cette autorité. Cette Cour a été saisie de ces questions dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et le procureur général de l'Ontario*[4]. Un agent de police stagiaire avait été destitué sans qu'on lui dise pourquoi on mettait fin à son emploi et sans

[3] [1971] A.C. 297.
[4] [1979] 1 S.C.R. 311.

[3] [1971] A.C. 297
[4] [1979] 1 R.C.S. 311.

tunity to respond or to defend his position. In the result the majority decision of this Court required in those circumstances that the probationary constable should have been treated fairly, not arbitrarily, even though he was not entitled to all the procedural protection accorded to a full constable. The Chief Justice writing for the majority stated at p. 325:

What rightly lies behind this emergence is the realization that the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least; and to endow some with procedural protection while denying others any at all would work injustice when the results of statutory decisions raise the same serious consequences for those adversely affected, regardless of the classification of the function in question.

The essence of the decision is found in the Chief Justice's remarks at p. 328:

In my opinion, the appellant should have been told why his services were no longer required and given an opportunity, whether orally or in writing as the Board might determine, to respond. The Board itself, I would think, would wish to be certain that it had not made a mistake in some fact or circumstance which it deemed relevant to its determination. Once it had the appellant's response, it would be for the Board to decide on what action to take, without its decision being reviewable elsewhere, always premising good faith. Such a course provides fairness to the appellant, and it is fair as well to the Board's right, as a public authority to decide, once it had the appellant's response, whether a person in his position should be allowed to continue in office to the point where his right to procedural protection was enlarged. Status in office deserves this minimal protection, however brief the period for which the office is held.

The House of Lords in the earlier decision of *Pearlberg v. Varty*[5], had in effect found a presumption that the rules of natural justice apply to a tribunal entrusted with judicial or quasi-judicial functions but that no such presumption arises where the body is charged with administrative or executive functions. In the latter case courts will

[5] [1972] 1 W.L.R. 534.

qu'il ait eu la possibilité de se défendre. Finalement, cette Cour, à la majorité, a exigé dans les circonstances que l'agent de police stagiaire soit traité équitablement, et non arbitrairement, même s'il n'avait pas droit à toute la protection de la procédure prévue pour un agent de police confirmé. Le Juge en chef, au nom de la majorité, a dit à la p. 325:

L'apparition de cette notion résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraîne les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question.

Le cœur de la décision se trouve dans les remarques du Juge en chef à la p. 328:

A mon avis, on aurait dû dire à l'appelant pourquoi on avait mis fin à son emploi et lui permettre de se défendre, oralement ou par écrit au choix du comité. Il me semble que le comité lui-même voudrait s'assurer qu'il n'a commis aucune erreur quant aux faits ou circonstances qui ont déterminé sa décision. Une fois que le comité a obtenu la réponse de l'appelant, il lui appartiendra de décider de la mesure à prendre, sans que sa décision soit soumise à un contrôle ultérieur, la bonne foi étant toujours présumée. Ce processus est équitable envers l'appelant et fait également justice au droit du comité, en sa qualité d'autorité publique, de décider, lorsqu'il connaît la réponse de l'appelant, si l'on doit permettre à une personne dans sa situation de rester en fonction jusqu'au moment où la procédure lui offrira une plus grande protection. Le titulaire d'une charge mérite cette protection minimale, même si son entrée en fonction est très récente.

Dans l'arrêt antérieur *Pearlberg v. Varty*[5], la Chambre des lords a conclu à une présomption que les règles de justice naturelle s'appliquent à un tribunal qui exerce des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires, mais que pareille présomption n'existe pas lorsque l'organisme exerce des fonctions administratives ou exécutives. Dans ce der-

[5] [1972] 1 W.L.R. 534.

act on the presumption that Parliament had not intended to act unfairly and will "in suitable cases" imply an obligation in the body or person to act with fairness. See Lord Pearson at p. 547. Lord Hailsham L.C., combining the idea of fairness and natural justice, put it this way at p. 540:

> The doctrine of natural justice has come in for increasing consideration in recent years and the courts generally, and your Lordships' House in particular, have, I think rightly, advanced its frontiers considerably. But at the same time they have taken an increasingly sophisticated view of what it requires in individual cases.

Tucker L.J., thirty years earlier, came closer to our situation in this appeal when he said in *Russell v. Duke of Norfolk*[6], at p. 118:

> The requirements of natural justice must depend on the circumstances of the case, the nature of the inquiry, the rules under which the tribunal is acting, the subject-matter that is being dealt with, and so forth. Accordingly, I do not derive much assistance from the definitions of natural justice which have been from time to time used, but whatever standard is adopted, one essential is that the person concerned should have a reasonable opportunity of presenting his case.

The arena in which the broad rules of natural justice arose and the even broader rule of fairness now performs is described by Lord Denning M.R. in *Selvarajan v. Race Relations Board*[7] where His Lordship, after enumerating a number of authorities dealing with tribunals generally concerned with a *lis inter partes* in a variety of administrative fields, said at p. 19:

> In all these cases it has been held that the investigating body is under a duty to act fairly; but that which fairness requires depends on the nature of the investigation and the consequences which it may have on persons affected by it. The fundamental rule is that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings or deprived of remedies or redress, or in some such way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case

[6] [1949] 1 All E.R. 109.
[7] [1976] 1 All E.R. 12.

nier cas, les tribunaux tiendront pour acquis que le législateur n'avait pas l'intention d'agir d'une façon inéquitable et, «dans les cas appropriés», ils suggéreront que l'organisme ou la personne agisse équitablement. Voir lord Pearson à la p. 547. Le lord chancelier Hailsham, combinant l'idée d'équité et celle de justice naturelle, s'est exprimé ainsi à la p. 540:

> [TRADUCTION] On a accordé une importance accrue aux principes de justice naturelle ces dernières années et les tribunaux en général, et la Chambre de vos Seigneuries en particulier, en ont à bon droit à mon avis considérablement repoussé les frontières. Mais dans un même temps, ils ont continuellement raffiné les critères d'application dans chaque cas.

Le lord juge Tucker, trente ans plus tôt, était plus proche de la situation en l'espèce lorsqu'il a dit dans l'arrêt *Russell v. Duke of Norfolk*[6], à la p. 118:

> [TRADUCTION] Les exigences de la justice naturelle doivent varier selon les circonstances de l'affaire, la nature de l'enquête, les règles qui régissent le tribunal, la question traitée, etc. Par conséquent, les définitions de la justice naturelle qui ont été formulées à l'occasion ne me sont pas très utiles; cependant, quelque critère que l'on adopte, il est essentiel que la personne en cause ait une possibilité raisonnable de faire valoir ses arguments.

Le théâtre où sont nées les règles larges de justice naturelle et où la règle encore plus large d'équité s'applique maintenant, est décrit par le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*[7], après avoir énuméré plusieurs décisions relatives aux tribunaux qui entendent habituellement des litiges entre particuliers dans plusieurs domaines de nature administrative, sa Seigneurie a dit à la p. 19:

> [TRADUCTION] Dans tous ces cas, on a jugé que l'organisme chargé d'enquêter a le devoir d'agir équitablement; mais les exigences de l'équité dépendent de la nature de l'enquête et de ses conséquences pour les personnes en cause. La règle fondamentale est que dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rap-

[6] [1949] 1 All E.R. 109.
[7] [1976] 1 All E.R. 12.

made against him and be afforded a fair opportunity of answering it.

(Even in those instances the Court went on to add that such a body may adopt its own procedure, can employ staff for all preliminary work, but in the end must come to its own decision.)

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity. In *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*[8], for example, the Privy Council considered the position of the Lieutenant-Governor of British Columbia under the *Vancouver Island Settlers' Rights Act, 1904, Amendment Act, 1917*, S.B.C. 1917, c. 71. The effectiveness of a Crown land grant issued by order of the Lieutenant-Governor in Council was contested on the grounds that the Lieutenant-Governor in Council had no "reasonable proof" before them that the grantees had improved the lands in question or occupied them with an intention to reside thereon. The Court of Appeal found that there was no such evidence and hence declared the Order in Council to be void. The Privy Council proceeded on the basis that before the Lieutenant-Governor in Council could make the grant in question, it must determine that the statutorily prescribed conditions had been met by the applicant for the grant. As here, the allegation was made that the owners did not have "an adequate opportunity" to show that there was no factual foundation for the grant made by the Lieutenant-Governor in Council. The Privy Council found against this submission stating at p. 213 through Duff J., sitting as a member of the Board:

The respondents were given the fullest opportunity to present before the Lieutenant-Governor in Council everything they might to urge against the view that the depositions produced in themselves constituted "reasonable proof," and they had the fullest opportunity also of supporting their contention that the depositions alone, in

[8] [1922] 1 A.C. 202.

port, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre.

(La Cour a ajouté que, même dans ces cas, l'organisme enquêteur peut adopter ses propres règles de procédure, confier tout le travail préliminaire à des employés, mais il doit en dernier ressort arrêter sa propre décision.)

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul. Dans l'arrêt *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Company*[8], par exemple, le Conseil privé s'est penché sur la situation du lieutenant-gouverneur de la Colombie-Britannique sous le régime de la *Vancouver Island Settlers' Rights Act, 1904, Amendment Act, 1917*, S.B.C. 1917, chap. 71. La validité de la concession d'une terre de la Couronne consentie par décret du lieutenant-gouverneur en conseil était contestée pour le motif que l'on n'avait soumis au lieutenant-gouverneur en conseil aucune «preuve raisonnable» que les concessionnaires avaient amélioré les terres en cause ou les avaient occupées avec l'intention d'y habiter. La Cour d'appel a conclu que l'on n'avait pas fait cette preuve et a par conséquent déclaré le décret nul. Le Conseil privé a pris comme point de départ qu'avant de pouvoir consentir la concession en cause, le lieutenant-gouverneur en conseil devait décider si le requérant avait rempli les conditions prescrites par la Loi. Comme en l'espèce, on a allégué que les propriétaires n'avaient pas eu une « possibilité suffisante» de démontrer que la concession consentie par le lieutenant-gouverneur en conseil n'avait pas de fondement dans les faits. Le Conseil privé a rejeté cet argument par la voix du juge Duff qui siégeait comme membre du Comité (à la p. 213):

[TRADUCTION] Les intimés ont eu amplement la possibilité de présenter au lieutenant-gouverneur en conseil tout ce qu'ils pouvaient faire valoir pour contrer l'opinion selon laquelle les dépositions constituaient en elles-même une «preuve raisonnable» et ont eu amplement la possibilité aussi de faire valoir leur prétention que les

[8] [1922] 1 A.C. 202.

the absence of cross-examination, ought not to be considered sufficient, and that further time should be allowed to enable them to prepare their case. The appointed authority for dealing with the matter, it must be remembered, was the Executive Government of the Province directly answerable to the Legislature, and their Lordships agree without hesitation with the majority of the Court of Appeal in holding as they explicitly decided upon the same facts in Dunlop's case, that the Lieutenant-Governor in Council was not bound to govern himself by the rules of procedure regulating proceedings in a Court of justice.

It cannot be suggested that he proceeded without any regard to the rights of the respondents and the procedure followed must be presumed, in the absence of some conclusive reason to the contrary, to have been adopted in exercise of his discretion under the statute as a proper mode of discharging the duty entrusted to him. His decisions taken in the exercise of that discretion are, in their Lordships' opinion, final and not reviewable in legal proceedings.

The Privy Council also determined in the case that factual issues, including the "reasonableness" or "sufficiency" of the evidence, were exclusively for the Lieutenant-Governor whose decision would not be reviewable by a court if there was "some evidence in support of the application" (*per* Duff J. at p. 213).

The Ontario Court of Appeal was concerned with similar issues in *Border Cities Press Club v. Attorney General for Ontario*[9]. The factual differences are such that it affords no direct assistance here. The statute prescribed conditions precedent to the exercise of the powers granted by the Legislature to the Lieutenant-Governor in Council in that "sufficient cause must be shown" before the letters patent in question might be cancelled. The trial court found that an unreasonable request had been made to the applicant by the province, no hearing or opportunity was afforded the applicant, and indeed no notice of the impending cancellation of the charter was given by the Lieutenant-Governor in Council. The Court of Appeal set aside the declaration that the Order in Council was void for procedural reasons applicable to the powers of the court of the first instance and for reasons not here

[9] [1955] 1 D.L.R. 404.

dépositions seules, sans contre-interrogatoire, ne devaient pas suffire et qu'on devait leur accorder plus de temps pour préparer leurs arguments. Il faut se rappeler que l'autorité désignée pour disposer de la question était le pouvoir exécutif du gouvernement de la province, directement responsable devant la Législature; leurs Seigneuries partagent sans hésitation l'opinion de la majorité de la Cour d'appel et statuent, comme elles l'ont explicitement décidé sur la base des mêmes faits dans l'affaire Dunlop, que le lieutenant-gouverneur en conseil n'était pas tenu de respecter les règles de procédure régissant les procès devant une cour de justice.

On ne peut laisser entendre qu'il a procédé sans tenir compte des droits des intimés et il faut présumer, en l'absence de quelque motif concluant à l'effet contraire, que la procédure suivie a été adoptée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère la Loi, comme la façon appropriée d'accomplir le devoir qui lui était confié. Les décisions prises dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de l'avis de leurs Seigneuries, sont finales et échappent au contrôle judiciaire.

Le Conseil privé a également décidé dans cet arrêt que les questions de fait, y compris le caractère «raisonnable» ou «suffisant» de la preuve, relèvent exclusivement du lieutenant-gouverneur dont la décision échappe au contrôle judiciaire s'il y a [TRADUCTION] «des éléments de preuve à l'appui de la requête» (le juge Duff à la p. 213).

La Cour d'appel de l'Ontario a été saisie de questions analogues dans *Border Cities Press Club v. Attorney General for Ontario*[9]. Cet arrêt ne nous est pas particulièrement utile dans ce pourvoi vu les différences importantes entre les faits. La Loi prescrivait des conditions préalables à l'exercice des pouvoirs conférés par la Législature au lieutenant-gouverneur en conseil, savoir que [TRADUCTION] «il faut démontrer une cause suffisante» avant que les lettres patentes en litige puissent être annulées. Le tribunal de première instance a conclu que ce que la province avait exigé du requérant était déraisonnable, qu'on ne lui avait pas donné la possibilité de se faire entendre et qu'en fait le lieutenant-gouverneur en conseil n'avait donné aucun avis de l'annulation imminente de la charte. La Cour d'appel a annulé la déclaration portant que le décret était nul pour

[9] [1955] 1 D.L.R. 404.

relevant, but in doing so stated through Pickup C.J.O. at p. 412:

I agree with the learned Judge in Weekly Court, for the reasons stated by him, that the power conferred is conditional upon sufficient cause being shown, and that without giving the respondent an opportunity of being heard, or an opportunity to show cause why the letters patent should not be forfeited, the Lieutenant-Governor in Council would not have jurisdiction under the statute to make the order complained of. In exercising the power referred to, the Lieutenant-Governor in Council is not, in my opinion, exercising a prerogative of the Crown, but a power conferred by statute, and such a statutory power can be validly exercised only by complying with statutory provisions which are, by law, conditions precedent to the exercise of such power.

It may be of interest to note that in approving the observations of the court below with respect to the statutory powers granted to the Lieutenant-Governor in Council, no express approval was given to the comment by the learned Judge in Weelky Court that in performing his function under the statute the Lieutenant-Governor in Council was required to act judicially.

However, no failure to observe a condition precedent is alleged here. Rather it is contended that, once validly seized of the respondents' petition, the Governor in Council did not fulfill the duty to be fair implicitly imposed upon him, the argument goes, by s. 64(1) of the *National Transportation Act*. While, after *Nicholson, supra*, and *Martineau v. Matsqui Institution (No. 2)*[10], (decision of this Court handed down December 13, 1979) the existence of such a duty no longer depends on classifying the power involved as "administrative" or "quasi-judicial", it is still necessary to examine closely the statutory provision in question in order to discern whether it makes the decision-maker subject to any rules of procedural fairness.

[10] [1980] 1 S.C.R. 602.

des motifs de procédure relatifs à la compétence du tribunal de première instance et d'autres motifs qui ne sont pas pertinents en l'espèce, mais, ce faisant, le juge Pickup, juge en chef de l'Ontario, a dit à la p. 412:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le savant juge de la Cour des sessions hebdomadaires, pour les motifs qu'il a énoncés, que le pouvoir conféré existe seulement si une cause suffisante d'action a été démontrée, et que le lieutenant-gouverneur en conseil ne devrait pas avoir compétence, en vertu de la loi, de rendre le décret contesté sans accorder à l'intimé l'occasion de se faire entendre ou d'exposer les raisons pour lesquelles les lettres patentes ne devraient pas être annulées. En exerçant le pouvoir mentionné, le lieutenant-gouverneur en conseil, n'exerce pas, à mon avis, une prérogative de la Couronne, mais bien un pouvoir attribué par la Loi, pouvoir qui ne peut valablement être exercé qu'en se conformant aux dispositions de la Loi qui sont juridiquement des conditions préalables à l'exercice d'un tel pouvoir.

Il peut être intéressant de souligner qu'en approuvant les remarques du tribunal de première instance concernant les pouvoirs que la Loi confère au lieutenant-gouverneur en conseil, la Cour d'appel n'a pas approuvé explicitement l'opinion du savant juge de la Cour des sessions hebdomadaires selon laquelle le lieutenant-gouverneur en conseil, dans l'exercice de la fonction que lui confie la Loi, a l'obligation d'agir d'une façon judiciaire.

En l'espèce, cependant, on n'allègue pas la violation d'une condition préalable. On prétend plutôt qu'une fois que la requête des intimées lui a été validement soumise, le gouverneur en conseil n'a pas rempli l'obligation d'agir équitablement que lui impose implicitement, selon les intimées, le par. 64(1) de la *Loi nationale sur les transports*. Bien que, depuis les arrêts *Nicholson*, précité, et *Martineau c. L'Institution de Matsqui (N° 2)*[10], (arrêt de cette Cour rendu le 13 décembre 1979), l'existence de cette obligation ne soit plus tributaire de la classification du pouvoir en question comme «administratif» ou «quasi judiciaire», il demeure nécessaire d'examiner attentivement la disposition de la Loi pour décider si elle assujettit le décideur à des règles d'équité en matière de procédure.

[10] [1980] 1 R.C.S. 602.

Instructive in this regard is the decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al.*[11], where judicial review of an Order in Council was sought. The applicant had unsuccessfully applied to the Ontario Municipal Board for review of an earlier Board decision. By petition the applicant sought to have the Lieutenant-Governor in Council rescind the earlier Board order and direct a public hearing by the Board "to correct the earlier denial thereof" by the Board. The statute under which the petition was filed provided that the Lieutenant-Governor in Council might confirm, vary or rescind the Board order or require the Board to hold a new hearing. Lacourcière J.A. speaking on behalf of the majority, after describing the alternative provision for appeal to the court on a question of law or jurisdiction, described the petition as "the political route to the Lieutenant-Governor in Council" and went on to state at pp. 555-56:

The petition does not constitute a judicial appeal or review. It merely provides a mechanism for a control by the executive branch of Government applying its perception of the public interest to the facts established before the Board, plus the additional facts before the Council. The Lieutenant-Governor in Council is not concerned with matters of law and jurisdiction which are within the ambit of judicial control. But it can do what Courts will not do, namely, it can substitute its opinion on a matter of public convenience and general policy in the public interest. This is what was done by the Order in Council: if it was done without any error of law, or without defects of a jurisdictional nature, the Divisional Court had no power to interfere and properly dismissed the application before it.

At p. 557 His Lordship returns to the same point:

Section 94 of *The Ontario Municipal Board Act* should not be construed restrictively as if it involved an inferior tribunal to which certain matters have been committed by the Legislature. I prefer to regard the power as one reserved by the legislative to the executive branch of Government acting on broad lines of policy.

[11] (1977), 15 O.R. (2d) 553.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al.*[11], une affaire où l'on demandait le contrôle judiciaire d'un décret, est instructif sur ce point. La requérante avait demandé en vain à la Commission municipale de l'Ontario de réviser une de ses décisions antérieures. La requérante a, par requête, demandé au lieutenant-gouverneur en conseil d'annuler l'ordonnance antérieure de la Commission et de lui ordonner de tenir une audience publique [TRADUCTION] «pour remédier à son refus antérieur à cet égard». La requête se fondait sur une loi qui autorisait le lieutenant-gouverneur en conseil à confirmer, modifier ou rescinder une ordonnance de la Commission ou d'exiger qu'elle tienne une nouvelle audience. Après avoir décrit la disposition subsidiaire prévoyant l'appel à la cour sur une question de droit ou de compétence, le juge Lacourcière, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a décrit la requête comme [TRADUCTION] «la voie politique menant au lieutenant-gouverneur en conseil» et a poursuivi aux pp. 555 et 556:

[TRADUCTION] La requête ne constitue ni une intimation d'appel ni une demande de contrôle judiciaire. Elle ne fait que mettre en marche le mécanisme de contrôle de l'Exécutif qui applique sa vision de l'intérêt public aux faits établis devant le Conseil et aux éléments complémentaires d'information soumis à son propre examen. Le lieutenant-gouverneur en conseil ne connaît pas des questions de droit et de compétence, lesquelles relèvent du contrôle judiciaire. Cependant il peut faire quelque chose qui échappe à la compétence des tribunaux: faire valoir son propre avis sur une question d'utilité et d'ordre publics et ce, dans l'intérêt public. C'est ce qui a été fait au moyen du décret: si celui-ci n'est entaché d'aucune erreur de droit ni d'aucun vice de compétence, la Cour divisionnaire n'avait pas à intervenir et c'est avec raison qu'elle a débouté la demanderesse.

A la p. 557, le juge est revenu sur cette question:

[TRADUCTION] Il ne faut pas donner à l'art. 94 de *The Ontario Municipal Board Act* une interprétation restrictive comme s'il s'agissait d'un tribunal d'instance inférieure auquel le législateur a confié certaines questions. Je préfère considérer qu'il s'agit d'un pouvoir que le législateur a réservé à l'Exécutif du gouvernement

[11] (1977), 15 O.R. (2d) 553.

There is no reason to fetter and restrict the scope of the power by a narrow judicial interpretation.

In the *Davisville* proceeding the petition was treated as an appeal in writing and it may be noted that the respondent party filed a reply but no response thereto was made by the applicant. Blair J.A. dissented on the interpretation to be placed upon s. 94 as it related to the alternative courses open on such a petition to the Lieutenant-Governor in Council, but agreed with the majority of the court that the action of the Executive is reviewable only if the Lieutenant-Governor in Council acts outside the terms of the enabling statute.

It is not helpful in my view to attempt to classify the action or function by the Governor in Council (or indeed the Lieutenant-Governor in Council acting in similar circumstances) into one of the traditional categories established in the development of administrative law. The Privy Council in the *Wilson* case, *supra*, described the function of the Lieutenant-Governor as "judicial" as did the judge of first instance in the *Border Cities Press* proceedings, *supra*. However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

I turn now to a consideration of s. 64(1) in light of those principles. Clearly the Governor in Council is not limited to varying orders made *inter partes* where a *lis* existed and was determined by the Commission. The Commission is empowered by s. 321 of the *Railway Act*, *supra*, and the section of the *CRTC Act* already noted to approve all charges for the use of telephones of Bell

agissant conformément à des règles générales d'intérêt public. Rien ne permet de restreindre et d'atténuer la portée du pouvoir par une interprétation judiciaire étroite.

Dans l'affaire *Davisville*, on a considéré la requête comme un appel écrit et on peut noter que l'intimée a déposé une réponse mais que la requérante n'y a pas répliqué. Le juge Blair de la Cour d'appel n'était pas d'accord avec l'opinion de la majorité sur l'interprétation à donner à l'art. 94 pour ce qui est des choix offerts au lieutenant-gouverneur en conseil saisi d'une requête de ce genre, mais il a souscrit à la décision majoritaire de la Cour portant que les actes de l'Exécutif ne peuvent faire l'objet d'un contrôle que si le lieutenant-gouverneur en conseil excède les termes de la loi habilitante.

Il est inutile, à mon avis, d'essayer de classer l'action du gouverneur en conseil ou sa fonction (ou celles du lieutenant-gouverneur en conseil dans des situations semblables) dans l'une des catégories traditionnelles établies en droit administratif. Dans *Wilson*, précité, le Conseil privé a qualifié la fonction du lieutenant-gouverneur de «judiciaire» comme l'a fait le juge de première instance dans *Border Cities Press*, précité. Cependant, à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenchera le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

J'en viens maintenant à l'examen du par. 64(1) à la lumière de ces principes. Le pouvoir du gouverneur en conseil n'est manifestement pas limité aux modifications des ordonnances rendues *inter partes* lorsqu'un litige a été tranché par le Conseil. L'article 321 de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, et l'article déjà noté de la *Loi sur le CRTC* autorisent le Conseil à approuver tous les

Canada. In so doing the Commission determines whether the proposed tariff of tolls is just and reasonable and whether they are discriminatory. Thus the statute delegates to the CRTC the function of approving telephone service tolls with a directive as to the standards to be applied. There is thereafter a secondary delegation of the rate-fixing function by Parliament to the Governor in Council but this function only comes into play after the Commission has approved a tariff of tolls; and on the fulfillment of that condition precedent, the power arises in the Governor in Council to establish rates for telephone service by the variation of the order, decision, rule or regulation of the CRTC. While the CRTC must operate within a certain framework when rendering its decisions, Parliament has in s. 64(1) not burdened the executive branch with any standards or guidelines in the exercise of its rate review function. Neither were procedural standards imposed or even implied. That is not to say that the courts will not respond today as in the *Wilson* case *supra*, if the conditions precedent to the exercise of power so granted to the executive branch have not been observed. Such a response might also occur if, on a petition being received by the Council, no examination of its contents by the Governor in Council were undertaken. That is quite a different matter (and one with which we are not here faced) from the assertion of some principle of law that requires the Governor in Council, before discharging its duty under the section, to read either individually or *en masse* the petition itself and all supporting material, the evidence taken before the CRTC and all the submissions and arguments advanced by the petitioner and responding parties. The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council. The executive branch cannot be deprived of the right to resort to its staff, to departmental personnel concerned with the subject matter, and above all to the comments and advice of ministerial members of the Council who are by virtue of their office concerned with the policy issues arising by reason of the petition whether those policies be economic, political, commercial or of some other nature. Parliament might otherwise ordain, but in s. 64 no such limitation

droits exigés pour l'usage des téléphones de Bell Canada. Ce faisant, le Conseil décide si le tarif de taxes proposé est juste et raisonnable et s'il est discriminatoire. La loi délègue donc au CRTC la fonction d'approuver les taxes pour le service de téléphone, assortie d'une directive sur les critères applicables. Le législateur délègue ensuite au gouverneur en conseil la fonction de fixer les tarifs, mais cette délégation secondaire joue seulement après que le Conseil a approuvé un tarif de taxes; une fois cette condition préalable remplie, le gouverneur en conseil peut exercer son pouvoir de fixer les tarifs pour le service de téléphone en modifiant l'ordonnance, la décision, la règle ou le règlement du CRTC. Alors que le CRTC doit prendre ses décisions dans un certain cadre, le par. 64(1) n'impose pas à l'Exécutif de normes ou de règles applicables à l'exercice de sa fonction de révision des tarifs. Le législateur n'a pas imposé non plus de normes de procédure expresses ou même implicites. Cela ne veut pas dire que les tribunaux ne réagiront pas aujourd'hui comme dans l'arrêt *Wilson*, précité, si les conditions préalables à l'exercice du pouvoir ainsi conféré à l'Exécutif n'ont pas été respectées. La réaction pourrait aussi être la même si le gouverneur en conseil n'examinait pas le contenu d'une requête qui lui est soumise. C'est une question très différente (et ce n'est pas le cas en l'espèce) de l'affirmation qu'un principe de droit exige qu'avant de remplir les obligations conférées par cet article, le gouverneur en conseil lise, soit un à un, soit globalement, la requête elle-même et tous les documents à l'appui, les dépositions faites devant le CRTC et tous les arguments et mémoires soumis par la requérante et les parties opposées. Il faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué. On ne peut priver l'Exécutif de son droit d'avoir recours à son personnel, aux fonctionnaires du ministère concerné, et surtout aux commentaires et aux avis des ministres membres du conseil, responsables, à ce titre, des questions d'intérêt public soulevées par la requête, que ces questions soient de nature économique, politique, commerciale ou autre. Le législateur pourrait ordonner qu'il en soit autrement, mais l'art. 64 n'impose pas de restriction semblable

had been imposed on the Governor in Council in the adoption of the procedures for the hearing of petitions under subs. (1).

This conclusion is made all the more obvious by the added right in s. 64(1) that the Governor in Council may "of his motion" vary or rescind any rule or order of the Commission. This is legislative action in its purest form where the subject matter is the fixing of rates for a public utility such as a telephone system. The practicality of giving notice to "all parties", as the respondent has put it, must have some bearing on the interpretation to be placed upon s. 64(1) in these circumstances. In these proceedings the respondent challenged the rates established by the CRTC and confirmed in effect by the Governor in Council. There are many subscribers to the Bell Canada services all of whom are and will be no doubt affected to some degree by the tariff of tolls and charges authorized by the Commission and reviewed by the Governor in Council. All subscribers should arguably receive notice before the Governor in Council proceeds with its review. The concluding words of subs. (1) might be said to support this view where it is provided that:

> ... any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding upon the Commission and upon all parties.

I read these words as saying no more than this: if the nature of the matter before the Governor in Council under s. 64 concerns parties who have been involved in proceedings before the administrative tribunal whose decision is before the Governor in Council by virtue of a petition, all such persons, as well as the tribunal or agency itself, will be bound to give effect to the order in council issued by the Governor in Council upon a review of the petition. Different terminology to the same effect is found in predecessor statutes and I see no basis for reading into this statute any different parliamentary intent from that which I have ascribed to these words as they are found now in s. 64(1).

It was pointed out that in the past the Governor in Council has proceeded by way of an actual oral hearing in which the petitioner and the contending parties participated (P.C. 2166 dated 24/10/23;

au gouverneur en conseil dans l'adoption des règles de procédure pour l'audition de requêtes en vertu du par. (1).

Cette conclusion s'impose d'autant plus que le par. 64(1) autorise en outre le gouverneur en conseil à modifier ou rescinder «de son propre mouvement» une règle ou ordonnance du Conseil. C'est là un acte législatif sous la forme la plus pure qui a pour objet de fixer les tarifs d'un service public tel un réseau téléphonique. L'aspect pratique d'un avis à «toutes les parties» doit, selon les intimées, avoir une incidence sur l'interprétation qu'il faut donner au par. 64(1) dans les circonstances. En l'espèce, les intimées contestent les tarifs fixés par le CRTC et confirmés par le gouverneur en conseil. Bell Canada a de nombreux abonnés qui sont et seront tous certainement touchés jusqu'à un certain point par le tarif de taxes et de frais autorisé par le Conseil et révisé par le gouverneur en conseil. On pourrait soutenir que tous les abonnés devraient être avisés avant que le gouverneur en conseil n'aille de l'avant avec sa révision. On pourrait soutenir que cette interprétation est justifiée par les derniers mots du par. (1) qui disposent:

> ... tout décret que le gouveneur en conseil prend à cet égard lie la Commission et toutes les parties.

A mon avis, ces mots veulent simplement dire ceci: si la question soumise au gouverneur en conseil en vertu de l'art. 64 est d'une nature telle qu'elle concerne des parties qui ont participé aux procédures devant le tribunal administratif dont la décision est soumise au gouverneur en conseil par une requête, toutes ces personnes, de même que le tribunal ou l'organisme lui-même, seront tenues de donner effet au décret du gouverneur en conseil sur révision de la requête. Les lois antérieures contenaient des dispositions au même effet et rien dans cette loi ne me permet d'y voir une intention du législateur différente de celle que j'ai attribuée à ces termes que l'on trouve maintenant au par. 64(1).

On a fait remarquer qu'il est arrivé que le gouverneur en conseil procède par audition orale à laquelle le requérant et les parties intéressées ont participé. (C.P. 2166 en date du 24/10/23 et C.P.

and P.C. 1170 dated 17/6/27). These proceedings do no more than illustrate the change in growth of our political machinery and indeed the size of the Canadian community. It was apparently possible for the national executive in those days to conduct its affairs under the *Railway Act*, *supra*, through meetings or hearings in which the parties appeared before some or all of the Cabinet. The population of the country was a fraction of that today. The magnitude of government operations bears no relationship to that carried on at the federal level at present. No doubt the Governor in Council could still hold oral hearings if so disposed. Even if a court had the power and authority to so direct (which I conclude it has not) it would be a very unwise and impractical judicial principle which would convert past practice into rigid, invariable administrative procedures. Even in cases mentioned above, while the order recites it to have been issued on the recommendation of the responsible Minister, there is nothing to indicate that the parties were informed of such a recommendation prior to the conduct of the hearing.

1170 en date du 17/06/27). Ce ne sont là que des cas qui illustrent la modification de notre processus politique et, d'ailleurs, la croissance de la société canadienne. L'Exécutif national était apparemment en mesure à cette époque de mener ses affaires en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, par réunions ou auditions au cours desquelles les parties comparaissaient devant le Cabinet siégeant au complet ou en partie. La population du pays n'était qu'une fraction de ce qu'elle est aujourd'hui. L'étendue des activités gouvernementales de l'époque n'a aucune commune mesure avec celle d'aujourd'hui. Il ne fait aucun doute que le gouverneur en conseil pourrait encore tenir des auditions orales s'il le désirait. Même si un tribunal avait le pouvoir et l'autorité de l'ordonner (et je conclus que ce n'est pas le cas), ce serait là un principe judiciaire très peu sage et peu commode qui transformerait une pratique ancienne en des procédures administratives rigides et inflexibles. Même dans les cas précités, bien que le décret mentionne avoir été pris sur la recommandation du ministre responsable, rien n'indique que les parties ont été informées de cette recommandation avant la tenue de l'audience.

While it is true that a duty to observe procedural fairness, as expressed in the maxim *audi alteram partem*, need not be express (*Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal v. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*[12]), it will not be implied in every case. It is always a question of construing the statutory scheme as a whole in order to see to what degree, if any, the legislator intended the principle to apply. It is my view that the supervisory power of s. 64, like the power in *Davisville*, *supra*, is vested in members of the Cabinet in order to enable them to respond to the political, economic and social concerns of the moment. Under s. 64 the Cabinet, as the executive branch of government, was exercising the power delegated by Parliament to determine the appropriate tariffs for the telephone services of Bell Canada. In so doing the Cabinet, unless otherwise directed in the enabling statute, must be free to consult all sources which Parlia-

[12] [1953] 2 S.C.R. 140.

Même s'il est exact que l'obligation de respecter l'équité dans la procédure, qu'exprime la maxime *audi alteram partem*, n'a pas à être expresse (*Alliance des Professeurs Catholiques de Montréal c. Commission des Relations Ouvrières de la Province de Québec*[12]) elle n'est pas implicite dans tous les cas. Il faut toujours considérer l'économie globale de la loi pour voir dans quelle mesure, le cas échéant, le législateur a voulu que ce principe s'applique. Je suis d'avis que le pouvoir de surveillance de l'art. 64, comme celui en cause dans l'arrêt *Davisville*, précité, est conféré aux membres du Cabinet pour leur permettre de répondre aux préoccupations politiques, économiques et sociales du moment. En vertu de l'art. 64, le Cabinet exerce, à titre d'Exécutif du gouvernement, le pouvoir que lui a délégué le législateur de fixer les tarifs appropriés pour le service téléphonique de Bell. Cependant, à moins que la loi habilitante n'en dispose autrement, le Cabinet doit être libre

[12] [1953] 2 R.C.S. 140.

ment itself might consult had it retained this function. This is clearly so in those instances where the Council acts on its own initiative as it is authorized and required to do by the same subsection. There is no indication in subs. (1) that a different interpretation comes into play upon the exercise of the right of a party to petition the Governor in Council to exercise this same delegated function or power. The wording adopted by Parliament in my view makes this clear. The Governor in Council may act "at any time". He may vary or rescind any order, decision, rule or regulation "in his discretion". The guidelines mandated by Parliament in the case of the CRTC are not repeated expressly or by implication in s. 64. The function applies to broad, quasi-legislative orders of the Commission as well as to inter-party decisions. In short, the discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries of s. 64(1).

The procedure sanctioned by s. 64(1) has sometimes been criticized as an unjustifiable interference with the regulatory process: see *Independent Administrative Agencies*, Working Paper 25 of the Law Reform Commission of Canada (1980), at pp. 87-89. The Commission recommended that

> provisions for the final disposition by the Cabinet or a minister of appeals of any agency decisions except those requesting the equivalent of the exercise of the prerogative of mercy or a decision based on humanitarian grounds, should be abolished. (at p. 88)

Indeed it may be thought by some to be unusual and even counter-productive in an organized society that a carefully considered decision by an administrative agency, arrived at after a full public hearing in which many points of view have been advanced, should be susceptible of reversal by the Governor in Council. On the other hand, it is apparently the judgment of Parliament that this is an area inordinately sensitive to changing public policies and hence it has been reserved for the final application of such a policy by the executive branch of government. Given the interpretation of

de consulter toutes les sources auxquelles le législateur lui-même aurait pu faire appel s'il s'était réservé cette fonction. C'est manifestement le cas lorsque le conseil agit de son propre mouvement comme cette disposition l'autorise à le faire et le lui impose. Rien au par. (1) n'indique qu'il faille adopter une interprétation différente lorsqu'une partie exerce son droit de demander au gouverneur en conseil par requête qu'il exerce cette fonction ou ce pouvoir qui lui est délégué. Cette interprétation ressort clairement des termes employés par le législateur. Le gouverneur en conseil peut agir «à toute époque». Il peut modifier ou rescinder toute ordonnance, décision, règle ou règlement «à sa discrétion». Les règles auxquelles le législateur a astreint le CRTC ne sont pas répétées ni expressément ni implicitement à l'art. 64. Cette fonction s'applique aux ordonnances générales, quasi législatives du Conseil, de même qu'aux décisions *inter partes*. Bref, le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence par le par. 64(1).

On a parfois reproché à la procédure prévue au par. 64(1) de constituer une intervention injustifiable dans le processus réglementaire: voir *Les organismes administratifs autonomes*, document de travail nº 25 de la Commission de réforme du droit du Canada (1980), aux pp. 96 à 98. La Commission a recommandé que:

> soient abolies les dispositions qui prévoient que le Cabinet ou un ministre tranchera en dernier ressort les appels des décisions d'un organisme, sauf pour ce qui concerne les instances qui nécessitent l'équivalent de l'exercice du pouvoir de grâce ou une décision fondée sur des considérations humanitaires. (à la p. 97)

Certains peuvent considérer inhabituel et même inefficace que, dans une société organisée, le gouverneur en conseil puisse infirmer la décision soigneusement pesée d'un organisme administratif, rendue au terme d'une audition publique complète au cours de laquelle on a fait valoir plusieurs points de vue. D'autre part, le législateur est apparemment d'avis qu'il s'agit là d'un domaine particulièrement vulnérable aux changements des politiques d'intérêt public et il l'a par conséquent réservé à l'Exécutif qui doit en dernier ressort les appliquer. Vu l'interprétation du par. 64(1) que

s. 64(1) which I adopt, there is no need for the Governor in Council to give reasons for his dicision, to hold any kind of a hearing, or even to acknowledge the receipt of a petition. It is not the function of this Court, however, to decide whether Cabinet appeals are desirable or not. I have only to decide whether the requirements of s. 64(1) have been satisfied.

In reaching this conclusion concerning the procedures to be followed with reference to s. 64(1), I am assisted by the reasoning of Megarry J. in *Bates v. Lord Hailsham*[13] (cited by the majority judgment of this Court in *Nicholson, supra*). There the court was dealing with a challenge made to the legality of an order issued under the *Solicitors Act* abolishing a tariff of fees, on the grounds that the order should have been preceded by wider consideration by the rule enacting body. In refusing to intervene, Megarry J. stated at p. 1378:

> Let me accept that in the sphere of the so-called quasi-judicial the rules of natural justice run, and that in the administrative or executive field there is a general duty of fairness. Nevertheless, these considerations do not seem to me to affect the process of legislation, whether primary or delegated. Many of those affected by delegated legislation, and affected very substantially, are never consulted in the process of enacting that legislation; and yet they have no remedy . . . I do not know of any implied right to be consulted or make objections, or any principle upon which the courts may enjoin the legislative process at the suit of those who contend that insufficient time for consultation and consideration has been given.

Both the *Bates* case, *supra*, and this one deal with delegated legislation, the difference being that the delegatee in this case is, in effect, the executive branch of government while in the *Bates* case it was a committee of judges and solicitors constituted under s. 56 of the *Solicitors Act*. Under s. 56(2) the committee could

> make general orders prescribing and regulating in such manner as they think fit the remuneration of solicitors in respect of noncontentious business.

[13] [1972] 1 W.L.R. 1373.

j'adopte, le gouverneur en conseil n'a pas à motiver sa décision, à tenir quelque audience que ce soit ni même à accuser réception d'une requête. Il n'appartient pas à cette Cour, cependant, de décider si les appels interjetés au Cabinet sont souhaitables ou non. Je n'ai qu'à décider si les exigences du par. 64(1) ont été respectées.

Ma conclusion concernant les procédures à suivre aux termes du par. 64(1) est étayée par l'opinion du juge Megarry dans l'arrêt *Bates v. Lord Hailsham*[13] (citée dans l'opinion de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Nicholson*, précité). La cour y examinait la régularité d'une ordonnance fondée sur la *Solicitors Act* abolissant un tarif d'honoraires; on opposait que l'organisme de réglementation aurait dû faire précéder l'ordonnance d'une consultation plus étendue. En refusant d'intervenir, le juge Megarry a dit à la p. 1378:

> [TRADUCTION] Admettons que dans le domaine de ce qu'on appelle le quasi-judiciaire, on applique les règles de justice naturelle et, dans le domaine administratif ou exécutif, l'obligation générale d'agir équitablement. Mais cela ne me paraît pas s'appliquer au processus législatif, qu'il s'agisse de lois ou de législation déléguée. Plusieurs de ceux que la législation déléguée concerne, et souvent de façon très importante, ne sont jamais consultés au cours de son processus d'adoption; et pourtant ils n'ont aucun recours. . . . Il n'existe, que je sache, aucun droit implicite d'être consulté ou de présenter des objections, ni aucun principe en vertu duquel les tribunaux peuvent donner des ordres au pouvoir législatif à la demande de ceux qui prétendent qu'il n'a pas consacré un temps suffisant à la consultation et à l'étude de la question.

L'affaire *Bates* susmentionnée et la présente espèce portent sur la législation déléguée; la différence réside en ce que le délégataire en l'espèce est, en fait, l'Exécutif, alors que dans l'affaire *Bates*, il s'agissait d'un comité de juges et d'avocats constitué en vertu de l'art. 56 de la *Solicitors Act*. En vertu du par. 56(2), le comité pouvait:

> [TRADUCTION] rendre des ordonnances générales établissant et réglementant de la manière qu'il estime appropriée la rémunération des procureurs dans les matières non contentieuses.

[13] [1972] 1 W.L.R. 1373.

The Governor in Council under s. 64(1) is entitled to vary decisions on telephone tariffs already made by another body, but this difference does not strike me as material. Nor does the fact that a citizen may invoke the review procedure of s. 64(1) via petition, while no comparable right existed under the English act, constitute a valid ground of distinction. There is only one review procedure under s. 64(1) though it may be triggered in two ways, *i.e.*, by petition or by the Governor in Council's own motion. It is clear that the orders in question in *Bates* and the case at bar were legislative in nature and I adopt the reasoning of Megarry J. to the effect that no hearing is required in such cases. I realize, however, that the dividing line between legislative and administrative functions is not always easy to draw: see *Essex County Council v. Minister of Housing*[14].

The answer is not to be found in continuing the search for words that will clearly and invariably differentiate between judicial and administrative on the one hand, or administrative and legislative on the other. It may be said that the use of the fairness principle as in *Nicholson, supra*, will obviate the need for the distinction in instances where the tribunal or agency is discharging a function with reference to something akin to a *lis* or where the agency may be described as an 'investigating body' as in the *Selvarajan* case, *supra*. Where, however, the executive branch has been assigned a function performable in the past by the Legislature itself and where the *res* or subject matter is not an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, different considerations may be thought to arise. The fact that the function has been assigned as here to a tier of agencies (the CRTC in the first instance and the Governor in Council in the second) does not, in my view, alter the political science pathology of the case. In such a circumstance the Court must fall back upon the basic jurisdictional supervisory role and in so doing construe the statute to determine whether the Governor in Council has performed its functions

[14] (1967), 66 L.G.R. 23.

Le paragraphe 64(1) autorise le gouverneur en conseil à modifier une décision sur les tarifs téléphoniques déjà rendue par un autre organisme, mais cette distinction ne me paraît pas pertinente. La possibilité qu'a un citoyen de recourir par requête à la procédure de révision prévue au par. 64(1), alors que la loi britannique ne créait pas de droit comparable, ne constitue pas non plus une différence valable. Le paragraphe 64(1) n'établit qu'une seule procédure de révision, qui peut cependant être déclenchée de deux façons, c.-à-d. par requête ou du propre mouvement du gouverneur en conseil. Les ordonnances en cause dans l'affaire *Bates* et en l'espèce sont manifestement de nature législative et j'adopte le raisonnement du juge Megarry qu'aucune audition n'est requise en pareils cas. Je suis conscient, cependant, que la ligne de démarcation entre les fonctions de nature législative et les fonctions de nature administratives n'est pas toujours facile à tracer: voir *Essex County Council v. Minister of Housing*[14].

La solution ne réside pas dans la recherche constante de mots qui établiront clairement et dans tous les cas une distinction entre ce qui est judiciaire et administratif d'une part, et administratif et législatif de l'autre. On peut dire que l'utilisation du principe d'équité, comme dans l'arrêt *Nicholson*, précité, rendra la distinction inutile dans les cas où le tribunal ou l'organisme remplit une fonction relative à ce qui s'apparente à un litige ou lorsque l'organisme est «chargé d'enquête» comme dans l'arrêt *Selvarajan*, précité. Si, cependant, l'Exécutif s'est vu attribuer une fonction auparavant remplie par le législatif lui-même et que la *res* ou l'objet n'est pas de nature personnelle ou propre au requérant ou à l'appelant, l'on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu. Le fait que la fonction ait été attribuée à deux paliers (au CRTC en premier lieu et au gouverneur en conseil en second lieu) ne change rien, à mon avis, au caractère anormal de l'affaire du point de vue des sciences politiques. En pareil cas, la Cour doit revenir à son rôle fondamental de surveillance de la compétence et, ce faisant, interpréter la Loi pour établir si le gouverneur en conseil a rempli ses fonctions dans les limites du

[14] (1967), 66 L.G.R. 23.

within the boundary of the parliamentary grant and in accordance with the terms of the parliamentary mandate.

The precise terminology employed by Parliament in s. 64 does not reveal to me any basis for the introduction by implication of the procedural trappings associated with administrative agencies in other areas to which the principle in *Nicholson*, *supra*, was directed. The roots of that authority do not reach the area of law with which we are concerned in scanning s. 64(1).

As mentioned at the outset, the Federal Court of Appeal, speaking through Le Dain J., agreed with the trial division except with respect to the lack of opportunity for the respondents to respond to the reply forwarded to the Governor in Council by Bell Canada in the proceedings initiated by the petition of the respondents. Le Dain J. regarded this issue as being one of fact depending for its determination on the nature of Bell Canada's answer and the issues raised thereby, and on the reasonableness of the delay of two weeks before the issuance of the decision of the Governor in Council. His Lordship concluded:

> Since the question is essentially one of fact, one cannot say before the issue has been tried that the Statement of Claim does not disclose a reasonable cause of action.

For the reasons already given I am unable, with respect, to conclude that the issue of fairness arises in these proceedings on a proper construction of s. 64(1). If there were to be a distinction between rights arising with reference to submissions from government sources and rights arising with reference to the response from the rate applicant Bell Canada, more compelling reasons exist for disclosure of the intragovernmental communications as the respondents were, by this stage in these lengthy proceedings, very familiar with the application made by Bell Canada and the position taken by that company before the Commission by reason of the respondents' active participation in the hearings before the CRTC. In any case, I can discern nothing in s. 64(1) to justify a variable yardstick for the application to that section of the principle of fairness according to the source of the information placed before the Governor in Council for the

pouvoir et du mandat que lui a confiés le législateur.

Les termes précis qu'emploie le législateur à l'art. 64 ne justifient pas à mon sens l'introduction, par implication, des exigences de procédure propres aux organismes administratifs dans d'autres domaines que vise le principe énoncé dans l'arrêt *Nicholson*, précité. Les racines de cet arrêt n'atteignent pas le domaine juridique en cause dans l'étude du par. 64(1).

Comme je l'ai mentionné au début, le juge Le Dain, qui exprimait l'avis de la Cour d'appel fédérale, partage l'opinion de la Division de première instance sauf en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle les intimées ont été placées d'opposer une réplique à la réponse que Bell Canada a présentée au gouverneur en conseil dans les procédures déclenchées par leur requête. Le juge Le Dain a considéré qu'il s'agissait d'une question de fait dont la solution dépend de la nature de la réponse de Bell Canada et des points qu'elle a soulevés, ainsi que du caractère suffisant du délai de deux semaines avant l'annonce de la décision du gouverneur en conseil. Le juge a conclu:

> Puisqu'il s'agit essentiellement d'une question de fait, on ne peut pas, avant l'audition du litige, affirmer que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable d'action.

Pour les motifs qui précèdent, je ne peux, avec égards, conclure, suivant une interprétation appropriée du par. 64(1), que ces procédures soulèvent la question d'équité. S'il faut distinguer les droits relatifs à des mémoires qui émanent de sources gouvernementales des droits relatifs à la réponse soumise par la requérante Bell Canada, la divulgation de rapports internes du gouvernement est plus justifiée parce qu'à ce stade de ces longues procédures, les intimées connaissaient bien la demande de Bell Canada et sa position devant le Conseil, vu leur participation active aux audiences du CRTC. Quoi qu'il en soit, rien au par. 64(1) ne me paraît justifier l'adoption d'un critère variable pour appliquer à ce paragraphe le principe d'équité selon la source des renseignements communiqués au gouverneur en conseil pour qu'il statue sur la requête des intimées. Le point fondamental est l'interprétation de cette disposition dans le contexte de la

disposition of the respondents' petition. The basic issue is the interpretation of this statutory provision in the context of the pattern of the statute in which it is found. In my view, once the proper construction of the section is determined, it applies consistently throughout the proceedings before the Governor in Council.

I would therefore allow the appeal and restore the order of the trial court. As to costs, the respondent has never asked for costs and the Attorney General of Canada at the hearing in this Court placed himself in the hands of the Court. In all the circumstances of these proceedings, I would not consider this to be a case for costs and I would award no costs to any party in this Court or in any of the courts below.

Appeal allowed.

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

Solicitor for the plaintiffs, respondents: Andrew J. Roman, Toronto.

Loi où elle se trouve. A mon avis, une fois établie, la bonne interprétation à y donner s'applique à l'ensemble des procédures devant le gouverneur en conseil.

Je suis d'avis, par conséquent, d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la cour de première instance. En ce qui concerne les dépens, les intimées n'en ont jamais demandé et, à l'audience, le procureur général du Canada s'en est remis à cette Cour. Etant donné toutes les circonstances de cette affaire, j'estime qu'il ne s'agit pas d'un cas où des dépens devraient être adjugés et je suis d'avis de n'adjuger aux parties aucuns dépens en cette Cour ou dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli.

Procureur du défendeur, appelant: R. Tassé, Ottawa.

Procureur des demanderesses, intimées: Andrew J. Roman, Toronto.

Yellow Cab Ltd. *Appellant*;

and

Board of Industrial Relations, A. Sadownik, B. Dunbeck, Alberta Union of Provincial Employees and Yellow Cab Drivers' Association *Respondents.*

1980: June 24; 1980: October 7.

Present: Martland, Ritchie, Estey, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Administrative law — Certiorari — Privative clause — Alleged error on face of record — Whether or not Board's decision reviewable in face of privative clause — Labour law — Master and servant — Determination of existence of employer-employee relationship within meaning of The Alberta Labour Act — Definition of terms — Details surrounding relationship of taxi drivers to taxi company — The Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), c. 33, ss. 1(d), (e), (h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2),(3).

This appeal to this Court was from a judgment of the Court of Appeal dismissing an appeal from an order dimissing an application in the nature of *certiorari* brought at the instance of Yellow Cab Ltd. to quash a decision of the Board of Industrial Relations constituted under *The Alberta Labour Act*. The proceedings before the Board originated in a written complaint to it by respondents Sadownik and Dunbeck, alleging against Yellow Cab Ltd. unfair labour practices in contravention of that Act. After the Board determined that the relationship of employer and employees did exist between parties, the taxi company proceeded by way of application in the nature of *certiorari* seeking to quash the decision on the ground that the Board had erred in law and had exceeded its jurisdiction in reaching its conclusion.

The question of whether or not it was an error of law to conclude that an employer-employee relationship existed between parties within the meaning of the Act lay at the threshold of this appeal, making it necessary to consider the statutory powers imposed on the Board before proceeding to analyse the factual background. The Board concluded that the decisions which it made under authority of s. 50(1) were to be treated as final and that the terms of the section were tantamount to a privative clause only subject to attack on the ground of

Yellow Cab Ltd. *Appelante*;

et

Board of Industrial Relations, A. Sadownik, B. Dunbeck, Alberta Union of Provincial Employees et Yellow Cab Drivers' Association *Intimés.*

1980: 24 juin; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Estey, McIntyre et Lamer.

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

Droit administratif — Certiorari — Clause privative — Erreur alléguée à la lecture du dossier — Décision de la Commission révisable ou non vu la clause privative — Droit du travail — Employeur-employé — Détermination de l'existence de la relation employeur-employé au sens de The Alberta Labour Act — Définition des termes — Détails concrétisant la relation des chauffeurs de taxi avec la compagnie de taxi — The Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), chap. 33, art. 1d), e), h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2), (3).

Le pourvoi à cette Cour attaque un arrêt de la Cour d'appel qui rejette un appel formé contre une ordonnance qui rejetait une demande de la nature d'un *certiorari* présentée par Yellow Cab Ltd. en vue d'obtenir la cassation d'une décision de la Board of Industrial Relations (la Commission) constituée en vertu de *The Alberta Labour Act*. Les procédures tirent leur origine d'une plainte écrite que les intimés Sadownik et Dunbeck ont adressée à la Commission, accusant Yellow Cab Ltd. de pratiques déloyales de travail en violation de la Loi. Suite à la décision de la Commission qu'il existait bien une relation employeur-employé entre les parties, la compagnie de taxi a présenté une demande de la nature d'un *certiorari* aux fins d'obtenir la cassation de cette décision pour le motif qu'en arrivant à cette conclusion, la Commission avait commis une erreur de droit et excédé sa compétence.

La question à se poser au début de ce pourvoi est de savoir si c'était une erreur de droit de conclure qu'une relation employeur-employé au sens de la Loi liait effectivement les parties, rendant nécessaire l'examen des pouvoirs que la Loi confère à la Commission avant de passer à l'analyse de l'ensemble des faits. La Commission a conclu que les décisions qu'elle rend sous le régime de l'art. 50(1) doivent être considérées comme finales et que, comme le texte de l'article équivaut à une clause privative, seule l'absence de compétence peut

lack of jurisdiction. The contention that the Board's decision disclosed "an error in law" on the face of the record could not prevail if s. 51 were construed as a privative clause.

Whether or not the taxi drivers were in receipt of wages as defined by the Act depended on the facts surrounding their relationship with the company. Among these facts were details relating to the ownership and use of the cars and the responsibility for their expenses, the extent and nature of the company's control over the drivers, and the privileges given to and the obligations expected of the drivers by the company.

Held: The appeal should be allowed.

The Board is accorded exclusive jurisdiction to exercise all the powers accorded it by the Act, including the s. 50 power to make the decision which it made in this case, but the effect of the exercise of that jurisdiction is controlled by the provisions of s. 51 of the Act. Although subss. 51(1) and (2) clearly reinforce respondents' contention to protect the decisions of the Board and although the language used is similar to that employed in all privative clauses, subs. 51(3) makes it plain that, notwithstanding the added force which the first two subsections accord to the Board's decision, those privative provisions do not extend to an application for *certiorari* or mandamus. Because of subs. 51(3) there is no privative clause when the remedy sought is *certiorari* and where the application therefor is filed and served no later than thirty days after the Board's decision. This Court is clothed with authority to grant *certiorari* if there is an error of law on the face of the record.

The definition section of the Act is all important because an employer-employee relationship must be established before the Board can deal with this case at all. In its definition of the word "employer" in s. 1(*e*), the Act employs the word "means" and not the word "includes". It follows that the definition is to be construed as being exhaustive and that, in so far as the Board adopted common law principles defining "employer" which were at a variance with the language of the section, there was an error in law. The definition of "employee" in s. 1(*d*) is similarly exhaustive and the meaning of "employee" for the purpose of the statute is confined to persons who are "in receipt of or entitled to wages".

As the existence of an employer-employee relationship depends upon the payment of wages by the employer to the employee, it becomes central to the final determina-

constituer un motif de contestation des décisions. La prétention que la décision de la Commission comporte «une erreur de droit» apparente à la lecture du dossier serait irrecevable si l'art. 51 était interprété comme une clause privative.

Que les chauffeurs de taxis aient reçu ou non un salaire au sens de la Loi dépend de tous les faits qui concrétisent leur relation avec la compagnie. Parmi les faits, il y a des détails se rapportant à la propriété et à l'utilisation des voitures, à la responsabilité des frais, l'étendue et la nature du contrôle de la compagnie sur les chauffeurs et les privilèges accordés et les obligations attendues des chauffeurs par la compagnie.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Commission a seule compétence pour exercer tous les pouvoirs que lui accorde la Loi, y compris le pouvoir visé à l'art. 50 de rendre la décision qu'elle a rendue en l'espèce, mais que l'effet de l'exercice de cette compétence est assujetti à l'art. 51 de la Loi. Même si les par. 51(1) et 51(2) appuient nettement la prétention des intimés que les décisions de la Commission sont protégées et même si le texte est analogue à celui de toutes les clauses privatives, le par. 51(3) énonce clairement que malgré l'immunité dont les deux premiers paragraphes entourent les décisions de la Commission, ces clauses privatives ne s'appliquent pas à une demande de *certiorari* ou de *mandamus*. A cause du par. 51(3), il n'y a pas de clause privative lorsqu'on procède par voie de *certiorari* et que la demande à cette fin est présentée et signifiée avant l'expiration des trente jours qui suivent la décision de la Commission. Cette Cour a le pouvoir d'accorder un bref de *certiorari* s'il y a une erreur de droit apparente à la lecture du dossier.

L'article de définition de la Loi prend une toute première importance parce qu'il faut établir l'existence d'une relation employeur-employé avant que la Commission puisse connaître de la présente affaire. Dans la définition du mot «employeur» à l'al. 1*e*), la Loi utilise le mot «désigne» et non le mot «comprend». Il en résulte qu'on doit considérer la définition comme exhaustive et que, dans la mesure où la Commission a défini le mot «employeur» en fonction des principes de *common law* qui diffèrent du texte de l'article, elle a commis une erreur de droit. La définition du mot «employé» à l'al. 1*d*) est également exhaustive et le sens du mot «employé» pour les fins de la Loi est restreint aux personnes qui ont «reçu ou [ont] droit de recevoir un salaire».

Puisque l'existence d'une relation employeur-employé dépend du paiement par l'employeur d'un salaire à son employé, il devient essentiel pour résoudre la question

tion of the issue to consider the statutory definition of wages in s. 1(*h*). Although there is no express provision in the statute requiring that wages and other remuneration within the meaning of this section must come directly from the employer, this must have been the intention of the Legislature when the Act is read as a whole. Whether or not the taxi drivers can be said to be in receipt of wages within the meaning of this definition must depend on all the facts surrounding their relationship with the taxi company. The agreed facts indicate that the complainant drivers are lessees of the company's vehicles for which they pay a fixed rental and that there is no point in the relationship of the company and drivers at which the former pays wages to the latter. The payments made by the company are largely, if not entirely, provided towards the protection of its own property which it leased to the drivers. As no wages flowed from the employer-owner to the lessee-driver, the relationship of employer and employee did not exist here within the meaning of the statute.

Board of Industrial Relations of the Province of Alberta et al. v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd., [1969] S.C.R. 137, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta[1], dismissing an appeal from an order made by Dechene J. dismissing an application in the nature of *certiorari* brought at the instance of Yellow Cab Ltd. to quash a decision of the Board of Industrial Relations constituted under *The Alberta Labour Act*. Appeal allowed.

J. W. K. Shortreed, Q.C., for the appellant.

R. T. G. McBain, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Alberta dismissing an appeal from an order made by Dechene J., whereby he had dismissed an application in the nature of *certiorari* brought at the instance of Yellow Cab Ltd. to quash a decision of the Board of Industrial Relations constituted under *The Alberta Labour Act*, 1973 (Alta.), c. 33 (hereinafter called the Act).

[1] (1980), 11 Alta. L.R. (2d) 97, (1979), 18 A.R. 91.

d'examiner la définition légale de salaire à l'al. 1*h*). Quoique la Loi ne comporte aucune disposition expresse portant que les salaires et autre rémunération, au sens de cet alinéa, doivent venir directement de l'employeur, la Loi lue globalement montre que c'était nécessairement l'intention du législateur. La question de savoir si les chauffeurs de taxis ont reçu un salaire au sens de la définition dépend de tous les faits qui concrétisent leur relation avec la compagnie de taxi. Les faits admis montrent que les chauffeurs plaignants sont locataires des véhicules de la compagnie pour lesquels ils paient un loyer fixe et qu'à aucun stade de la relation entre la compagnie et eux, celle-ci ne leur verse un salaire. Les paiements effectués par la compagnie sont surtout, sinon complètement, orientés vers la protection de ses biens pendant qu'ils sont loués aux chauffeurs. Vu qu'aucun salaire ne passe de l'employeur propriétaire au chauffeur locataire, il n'existe en l'espèce aucune relation employeur-employé au sens de la Loi.

Jurisprudence: *Board of Industrial Relations of the Province of Alberta et al. c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a rejeté un appel formé contre une ordonnance du juge Dechene qui rejetait une demande de la nature d'un *certiorari* présentée par Yellow Cab Ltd. en vue d'obtenir la cassation d'une décision de la Board of Industrial Relations constituée en vertu de *The Alberta Labour Act*. Pourvoi accueilli.

J. W. K. Shortreed, c.r., pour l'appelante.

R. T. G. McBain, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE:—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui rejette un appel formé contre une ordonnance du juge Dechene qui rejetait une demande de la nature d'un *certiorari* présentée par Yellow Cab Limited en vue d'obtenir la cassation d'une décision de la Board of Industrial Relations (ci-après appelée «la Commission») constituée en vertu de *The Alberta Labour Act*, 1973 (Alta.) chap. 33 (ci-après appelée «la Loi»).

[1] (1980), 11 Alta. L.R. (2d) 97, (1979), 18 A.R. 91.

The origin of these proceedings and the nature of the hearing before the Board are well described in the reasons for judgment of Mr. Justice Clement rendered on behalf of the Court of Appeal of Alberta and I am prepared to adopt the following portion of his judgment as an accurate description of the circumstances. He there said:

> The proceedings before the Board originated in a written complaint to it by the respondents Sadownik and Dunbeck, alleging against Yellow Cab unfair labour practices in contravention of provisions in s. 153:
>
> 153. (1) No employer or employers' organization and no person acting on behalf of an employer or employers' organization shall
>
> (a) participate in or interfere with the formation or administration of a trade union, or
>
> . . .
>
> (3) No employer or employers' organization and no person acting on behalf of an employer or employers' organization shall
>
> (*a*) refuse to employ or continue to employ any person or discriminate against any person in regard to employment or any term or condition of employment because the person
>
> (i) is a member of a trade union, or
>
> . . .
>
> (*d*) seek by intimidation, threat of dismissal or any other kind of threat, by the imposition of a pecuniary or other penalty or by any other means, to compel a person to refrain from becoming or to cease to be a member, officer or representative of a trade union . . . .

The authority to make such a complaint to the Board is found in s. 157(1):

> 157. (1) Subject to subsections (2) and (3), any employer, employers' organization, employee, trade union or other person may make a complaint in writing to the Board that there has been or is a failure to comply with sections 153 to 156 or any provision thereof.

The Board decided to inquire itself into the matters of complaint, as it is empowered to do by s. 158(3), and notice of a hearing was given to interested parties. The powers of the Board following such an inquiry are given by s. 158(5):

> 158. (5) Where the Board is satisfied after an inquiry that an employer, employers' organization, employee,

Les motifs de jugement que le juge Clement a exposés au nom de la Cour d'appel de l'Alberta décrivent bien l'origine des présentes procédures et la nature de l'audition tenue devant la Commission. Je suis disposé à adopter l'extrait suivant de son jugement qui constitue une description exacte de la situation:

> [TRADUCTION] Les procédures tirent leur origine d'une plainte écrite que les intimés Sadownik et Dunbeck ont adressée à la Commission, accusant Yellow Cab de pratiques déloyales de travail en violation de l'art. 153:
>
> 153. (1) Nul employeur, nulle organisation d'employeurs, ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs ne doit
>
> *a*) participer ni mettre obstacle à la formation ou à l'administration d'un syndicat, ou
>
> . . .
>
> (3) Nul employeur, nulle organisation d'employeurs, ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ou d'une organisation d'employeurs ne doit
>
> *a*) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne, ou faire preuve de discrimination envers une personne quant à son emploi ou quant aux conditions d'emploi parce qu'elle est
>
> (i) membre d'un syndicat, ou
>
> . . .
>
> *d*) chercher par intimidation, menaces de congédiement ou par toute autre sorte de menaces, ou par l'imposition d'une peine pécuniaire ou autre ou par tout autre moyen, à obliger une personne à s'abstenir de devenir, ou à cesser d'être membre, dirigeant ou représentant d'un syndicat . . . .

Le paragraphe 157(1) permet de présenter pareille plainte à la Commission:

> 157. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), tout employeur, toute organisation d'employeurs, tout employé, tout syndicat ou toute autre personne peut présenter à la Commission une plainte écrite qui dénonce une violation des articles 153 à 156.

La Commission a décidé de faire enquête sur l'objet de la plainte, comme le lui permet le par. 158(3), et elle a communiqué un avis d'audition aux parties intéressées. Le paragraphe 158(5) énumère les pouvoirs que possède la Commission après une enquête de ce genre:

> 158. (5) Lorsque, après enquête, la Commission est convaincue qu'un employeur, une organisation d'em-

trade union or other person had failed to comply with sections 153 to 156 or any provision thereof, the Board

(*a*) shall issue a directive to the employer, employers' organization, employee, trade union or other person concerned to cease doing the act in respect of which the complaint was made;

Additional powers are given to the Board by further paragraphs of subs. (5), but there is no advantage in detailing them.

On the opening of the hearing counsel for Yellow Cab made a preliminary objection that an "employer-employee" relationship did not exist between Yellow Cab and the complainants, and therefore the Board had no power to deal with the complaints. On this, the Board's decision notes:

> *It was agreed that before the Board deals with the alleged unfair labour practice, the Board must first determine whether there is an employer-employee relationship between the parties. On this understanding the Board heard the evidence and submissions of the parties.* [The italics are my own.]

The Board, having determined that the relationship of employer and employees did indeed exist between the parties, the taxi company proceeded by way of an application in the nature of *certiorari* seeking to quash this decision on the ground that the Board had erred in law and exceeded its jurisdiction in reaching its conclusion.

It will be seen that the question of whether or not, in the circumstances of this case, it was an error of law to conclude that an employer-employee relationship did in fact exist between the parties within the meaning of the Act, lies at the threshold of this appeal and it becomes necessary to consider the statutory powers imposed on the Board before proceeding to analyze the factual background which has, happily, been made the subject of agreement between the parties.

Pursuant to s. 50(1) of the Act:

50. (1) The Board is empowered to decide for the purposes of this Part whether:

(*a*) a person is an employer;

(*b*) a person is an employee;

. . .

ployeurs, un employé, un syndicat ou toute autre personne concernée ne s'est pas conformé aux articles 153 à 156, la Commission

a) doit adresser à l'employeur, à l'organisation d'employeurs, à l'employé, au syndicat ou à toute autre personne intéressée une ordonnance leur enjoignant de cesser l'activité qui fait l'objet de la plainte;

D'autres alinéas du par. (5) accordent à la Commission des pouvoirs supplémentaires qu'il est inutile de préciser ici.

A l'ouverture de l'audience, l'avocat de Yellow Cab a présenté une objection préliminaire portant qu'il n'existait pas de relation «employeur-employé» entre Yellow Cab et les plaignants et que par conséquent la Commission n'avait pas compétence pour examiner les plaintes. Sur ce point, la décision de la Commission note:

> *Il a été convenu qu'avant de traiter des prétendues pratiques déloyales de travail, la Commission doit d'abord décider s'il existe une relation employeur-employé entre les parties. Compte tenu de cette réserve, la Commission a entendu les témoignages et prétentions des parties.* (Les italiques sont de moi.)

Suite à la décision de la Commission qu'il existait bien une relation employeur-employé entre les parties, la compagnie de taxi a présenté une demande de la nature d'un *certiorari* aux fins d'obtenir la cassation de cette décision pour le motif qu'en arrivant à cette conclusion, la Commission avait commis une erreur de droit et excédé sa compétence.

La toute première question à se poser au début de ce pourvoi est donc de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, c'était une erreur de droit de conclure qu'une relation employeur-employé au sens de la Loi liait effectivement les parties. Il devient donc nécessaire d'examiner les pouvoirs que la Loi confère à la Commission avant de passer à l'analyse de l'ensemble des faits sur lesquels, heureusement, les parties se sont entendues.

Suivant le par. 50(1) de la Loi:

[TRADUCTION] **50.** (1) Aux fins de la présente Partie, la Commission a le pouvoir de décider si:

a) une personne est un employeur;

b) une personne est un employé;

. . .

The Board concluded that the decisions which it made under the authority of this section were to be treated as final and not subject to appeal and that the terms of the section were tantamount to a privative clause only subject to attack on the ground of lack of jurisdiction.

This proposition might afford a conclusive answer to the appellant's contention that the Board's decision disclosed an "error in law" on the face of the record, because if s. 50 was to be construed as a privative clause, such a contention could not prevail and the Board's decision could only be questioned on jurisdictional grounds.

I have no doubt that the Board is accorded exclusive jurisdiction to exercise all the powers accorded to it by the Act, including the s. 50 power to make the decision which it made in this case, but I am equally satisfied that the effect of the exercise of that jurisdiction is controlled by the provisions of s. 51 of the Act which read as follows:

51. (1) The Board has exclusive jurisdiction to exercise the powers conferred upon it by or under this Part and to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it and the action or decision of the Board thereon is final and conclusive for all purposes, but the Board may, at any time, reconsider any decision, order, directive, declaration or ruling made by it and vary or revoke the decision, order, directive, declaration or ruling.

(2) No decision, order, directive, declaration, ruling or proceeding of the Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court (whether by way of injunction, declaratory judgment, prohibition, *quo warranto* or otherwise) to question, review, prohibit or restrain the Board or any of its proceedings.

(3) Notwithstanding subsections (1) and (2), a decision, order, directive, declaration, ruling or proceedings of the Board may be questioned or reviewed by way of an application for *certiorari* or mandamus if an application therefor is filed with the Court and served on the Board no later than 30 days after the issue of the

La Commission a conclu que les décisions qu'elle rend sous le régime de cet article doivent être considérées comme finales et sans appel et que, comme le texte de l'article équivaut à une clause privative, seule l'absence de compétence peut constituer un motif de contestation des décisions.

Cette proposition pourrait constituer une réponse définitive à la prétention de l'appelante portant que la décision de la Commission comporte une «erreur de droit» apparente à la lecture du dossier, parce que, si l'art. 50 devait être interprété comme une clause privative, cette prétention serait irrecevable et la décision de la Commission ne pourrait être contestée que pour des motifs de compétence.

Je suis persuadé que la Commission a seule compétence pour exercer tous les pouvoirs que lui accorde la Loi, y compris le pouvoir visé à l'art. 50 de rendre la décision qu'elle a rendue en l'espèce, mais je suis aussi convaincu que l'exercice de cette compétence est assujetti à l'art. 51 de la Loi dont voici le texte:

[TRADUCTION] **51.** (1) La Commission est seule compétente pour exercer les pouvoirs que lui confère la présente Partie et pour trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées dans toute affaire dont elle est saisie et sa réponse ou décision est finale et définitive à toutes fins, mais la Commission peut toujours réexaminer sa décision, ordonnance, directive ou déclaration et la modifier ou l'annuler.

(2) Aucune décision, ordonnance, directive, déclaration ou procédure de la Commission ne doit être contestée ou révisée par un tribunal, et aucune ordonnance ne doit être rendue ni aucun procès intenté ou poursuites engagées devant un tribunal (soit par voie d'injonction, de jugement déclaratoire, de prohibition, de *quo warranto* ou autrement) pour contester, ou limiter les droits de la Commission ou l'une de ses procédures, les réviser ou les interdire.

(3) Nonobstant les paragraphes (1) et (2), une décision, une ordonnance, une directive, une déclaration ou une procédure de la Commission peut être contestée ou révisée par voie de demande de *certiorari* ou de *mandamus* si pareille demande est présentée à la Cour et signifiée à la Commission avant l'expiration des 30 jours

Board's decision, order, directive, declaration or ruling or reasons in respect thereof, whichever is later.

The first two subsections of this section clearly reinforce the respondents' contention as to the legislative intent to protect the decisions of the Board and the language used in those subsections is similar to that employed in all privative clauses, but subs. (3) of s. 51 makes it plain, in my view, that notwithstanding the added force which the first two subsections accord to the Board's decision, these privative provisions do not extend to an application for *certiorari* or mandamus. I think that the decisions made by the Board under s. 50(1) are subject to the following provisions of s. 51(3):

> ... a decision, order, directive, declaration, ruling or proceeding of the Board may be questioned or reviewed by way of an application for *certiorari* or *mandamus* if an application therefor is filed with the Court and served on the Board no later than 30 days after the issue of the Board's decision, ...

and that there is therefore no privative clause when the remedy sought is *certiorari* and where, as in the present case, application therefor is filed and served no later than thirty days after the issue of the Board's decision. Hence the ability of this Court and its powers to interfere with the decisions are those which are outlined by Martland J. in *The Board of Industrial Relations of the Province of Alberta et al. v. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] S.C.R. 137, at pp. 142-3 where he said:

> The appellants, before this Court, did not seriously dispute the conclusion of law reached by both the Courts below in respect of the interpretation of the union's constitution. Their position was that the error in law by the Board would not warrant the quashing of its order because it did not relate to the Board's jurisdiction. In the present case, it was said, the Board's decision was in respect of a matter specifically referred to it by the statute and it could not be disturbed because, in reaching it, there had been an error of law.

I am not in agreement with this submission. *The Alberta Labour Act* does not contain a privative section, such as that contained in the British Columbia *Workmen's Compensation Act*, R.S.B.C., c. 370, s. 76(1), referred to in the judgment of this Court in *Farrell v.*

qui suivent le dépôt de la décision, ordonnance, directive ou déclaration de la Commission ou des motifs à l'appui, la date du dépôt le plus tardif étant à retenir.

Les deux premiers paragraphes de cet article appuient nettement la prétention des intimés quant à l'intention du législateur de protéger les décisions de la Commission et le texte de ces paragraphes est analogue à celui de toutes les clauses privatives. Toutefois, le par. 51(3) énonce clairement, à mon avis, que malgré l'immunité dont les deux premiers paragraphes entourent les décisions de la Commission, ces clauses privatives ne s'appliquent pas à une demande de *certiorari* ou de *mandamus*. J'estime que les décisions que la Commission rend en vertu du par. 50(1) sont assujetties aux dispositions suivantes du par. 51(3):

> ... une décision, une ordonnance, une directive, une déclaration ou une procédure de la Commission peut être contestée ou révisée par voie de demande de *certiorari* ou de *mandamus* si pareille demande est présentée à la Cour et signifiée à la Commission avant l'expiration des 30 jours qui suivent le dépôt de la décision, ...

et qu'il n'y a donc pas de clause privative lorsqu'on procède par voie de *certiorari* et si, comme en l'espèce, la demande à cette fin est présentée et signifiée avant l'expiration des trente jours qui suivent le dépôt de la décision de la Commission. Ainsi, la compétence et le pouvoir d'intervention de cette Cour sont ceux qu'a exposés le juge Martland dans l'arrêt *The Board of Industrial Relations of the Province of Alberta et al. c. Stedelbauer Chevrolet Oldsmobile Ltd.*, [1969] R.C.S. 137, aux pp. 142 et 143:

> [TRADUCTION] Les appelants devant cette Cour n'ont pas contesté sérieusement les conclusions de droit des deux tribunaux d'instance inférieure relatives à l'interprétation des statuts du syndicat. Ils affirment que l'erreur de droit que la Commission a commise ne justifie pas la cassation de son ordonnance parce qu'elle n'a pas trait à la compétence de la Commission. En l'espèce, dit-on, la décision de la Commission porte sur une question qui lui est spécifiquement confiée par la loi, et ce n'est pas parce qu'en rendant sa décision, elle a commis une erreur de droit, qu'on peut la modifier.

Je ne suis pas d'accord avec cette prétention. Contrairement au par. 76(1) de la *Workmen's Compensation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C., 1960, chap. 370, mentionné dans l'arrêt de cette Cour *Farrell c. Workmen's Compensation Board* [1962] R.C.S. 48 *The*

Workmen's Compensation Board [1962] S.C.R. 48, giving to the Board exclusive jurisdiction to determine all questions of fact and law and prohibiting removal of proceedings into any Court by *certiorari*. The question, in this case, is as to the extent to which the proceedings of an administrative Board may be reviewed by way of *certiorari*.

In my opinion, such a review can be made, not only on a question of jurisdiction, but in respect of an error of law on the face of the record. That *certiorari* would issue to quash the decision of a statutory administrative tribunal for an error of law on the face of the record, although the error did not go to jurisdiction, was clearly stated in *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, Ex p. Shaw* [1951] 1 K.B. 711, approved, an appeal, [1952] 1 K.B. 338. That case was referred to by Kerwin J. (as he then was) in *Toronto Newspaper Guild v. Globe Printing Company* [1953] 2 S.C.R. 18, at 24.

I am therefore of opinion that this Court is clothed with authority to grant *certiorari* if there is an error of law on the face of the record.

It must be remembered that the Act can only be properly construed when it is read as a whole, and as I am of opinion that an employer-employee relationship must be established before the Board can deal with this case at all, it follows that the definition section of the Act is all important. That section defines employer in the following terms:

> **1.** In this Act . . .
>
> (*e*) "employer" means a person, corporation, partnership or group of persons who
>
> (i) has control and direction over an employee, or
>
> (ii) has control over the manner in which work or services are provided or done by an employee, or
>
> (iii) is responsible directly or indirectly for the employment of an employee, or
>
> (iv) is responsible for the payment of wages to an employee;

It is significant that the Act employs the word "means" in this definition and not the word "includes" and it follows, in my view, that the definition is to be construed as being exhaustive and that in so far as the Board adopted common law principles defining "employer" which were at variance with the language of the section, there

Alberta Labour Act ne contient pas de disposition privative qui accorde à la Commission compétence exclusive pour trancher toutes les questions de fait et de droit et qui interdit d'évoquer des procédures à une cour par voie de *certiorari*. En l'espèce, il s'agit de savoir dans quelle mesure les procédures d'un organisme administratif peuvent être révisées par voie de *certiorari*.

A mon avis, on peut exercer ce pouvoir de révision, non seulement sur une question de compétence, mais aussi à l'égard d'une erreur de droit apparente à la lecture du dossier. L'arrêt *R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal; Ex p. Shaw* [1951] 1 K.B. 711, confirmé en appel, [1952] 1 K.B. 338, dit clairement qu'on peut annuler par *certiorari* la décision d'un tribunal administratif établi en vertu d'une loi dans le cas d'une erreur apparente à la lecture du dossier, même si cette erreur ne touche pas à sa compétence. Le juge Kerwin (plus tard juge en chef) a mentionné cet arrêt dans *Toronto Newspaper Guild c. Globe Printing Company* [1953] 2 R.C.S. 18, à la p. 24.

Je suis donc d'avis que cette Cour a le pouvoir d'accorder un bref de *certiorari* s'il y a une erreur de droit apparente à la lecture du dossier.

Il faut se rappeler que pour bien interpréter la Loi, on doit la considérer dans son ensemble et, comme je suis d'avis qu'il faut établir l'existence d'une relation employeur-employé avant que la Commission puisse connaître de la présente affaire, l'article de définition de la Loi prend une toute première importance. Cet article donne la définition suivante du mot employeur:

> [TRADUCTION] **1.** Dans la présente loi . . .
>
> *e*) «employeur» désigne une personne, une compagnie, une société ou un groupe de personnes qui
>
> (i) contrôle et dirige un employé, ou
>
> (ii) contrôle la manière dont un employé exécute un travail ou fournit des services, ou
>
> (iii) est responsable, directement ou indirectement, de l'embauche d'un employé, ou
>
> (iv) est responsable du paiement du salaire d'un employé;

Dans cette définition, l'utilisation du mot «désigne» et non du mot «comprend» est révélateur et il en résulte, à mon avis, qu'on doit considérer la définition comme exhaustive et que, dans la mesure où la Commission a défini le mot «employeur» en fonction de principes de *common law* qui diffèrent du texte de l'article, elle a

was an error in law. In the view of the Court of Appeal, the Board's reliance on the common law was limited to considering the scope of the words "control and direction" in relation to "the manner in which work or services are provided or done by an employee". The word "control" bears no statutory definition and I agree with the Court of Appeal that there was no error of law on the part of the Board in seeking assistance from the common law in determining the meaning to be given to this word in the section.

The inquiry however does not end here. It will be seen that s. 1(*e*) is entirely concerned with the relationship between the "employer" and an "employee" and that it therefore becomes essential to consider the statutory definition of this latter word. In considering the meaning to be given to the words "control and direction" as used in s. 1(*e*), it is to be borne in mind that what is under consideration is control and direction over an "employee". "Employee" is defined under s. 1(*d*) of the Act as follows:

(*d*) "employee" means a person employed by an employer to do work or provide services of any nature who is in receipt of or entitled to wages;

In my view this definition is also exhaustive and it confines the meaning of "employee" for the purpose of the statute to persons who are "in receipt of or entitled to wages". It appears to me that an employer and employee relationship can only exist where the employee is "in receipt of or entitled to wages", the payment of which is the responsibility of the employer.

In my opinion the scheme of the Act, which is repeatedly indicated in various sections referred to by the appellant, is predicated on the "wages" therein referred to being wages which flow directly from an employer to an employee. This is made manifest for example by s. 35 of the Act which provides:

35. (1) A period of employment for computation of wages earned shall not be longer than one calendar month, or such other period as the Board may fix.

(2) Each employer shall pay to each employee within 10 days after the expiration of each period of employment established for computation of wages earned

commis une erreur de droit. De l'avis de la Cour d'appel, dans son recours à la *common law*, la Commission s'est limitée à l'étude de l'effet des verbes «contrôle et dirige» sur «la manière dont un employé exécute un travail ou fournit des services». Le mot «contrôle» n'est pas défini dans la Loi et j'estime, en accord avec la Cour d'appel, que la Commission n'a pas commis d'erreur de droit en ayant recours à la *common law* pour déterminer le sens à donner à ce mot dans l'article.

Cela ne clôt pas pour autant le débat. On voit que l'al. 1e) porte exclusivement sur la relation entre l'«employeur» et un «employé» et qu'il devient essentiel d'examiner la définition que la Loi donne de ce dernier mot. Dans l'examen du sens à donner aux verbes «contrôle et dirige» utilisés à l'al. 1*e*), il faut se rappeler qu'en l'espèce on examine le contrôle et la direction d'un «employé». «Employé» est défini à l'al. 1*d*) de la Loi en ces termes:

[TRADUCTION] *d*) «employé» désigne une personne embauchée par un employeur pour exécuter un travail ou fournir des services de quelque nature, qui a reçu ou a droit de recevoir un salaire;

A mon avis, cette définition est également exhaustive et restreint le sens du mot «employé» pour les fins de la Loi aux personnes qui ont «reçu ou [ont] droit de recevoir un salaire». Une relation employeur-employé me paraît ne pouvoir exister que si l'employé «a reçu ou a droit de recevoir un salaire» dont le paiement incombe à l'employeur.

A mon sens, l'économie de la Loi, comme l'indiquent nettement plusieurs articles mentionnés par l'appelante, est fondée sur le «salaire» dont la Loi parle comme d'un salaire qui passe directement d'un employeur à un employé. Cela ressort manifestement, par exemple, de l'art. 35 de la Loi qui dispose:

[TRADUCTION] **35.** (1) Aux fins du calcul du salaire, une période d'emploi ne doit pas excéder un mois civil ou toute autre période que la Commission peut fixer.

(2) Dans les 10 jours qui suivent la fin de la période d'emploi fixée pour le calcul du salaire gagné et pendant laquelle l'employé a travaillé, l'employeur doit payer à

during which the employee has been employed, all wages earned by the employee within that period.

(3) Where the employment of an employee is terminated by the employer, all wages earned by the employee shall be paid to him by his employer upon the termination of the employment.

As the existence of an employer-employee relationship in my view depends upon the payment of wages by the employer to the employee, it becomes central to the final determination of the issue raised by this appeal to consider the statutory definition of the word "wages" which is contained in s.1(*h*) and reads as follows:

(*h*) "wages" includes any salary, pay, overtime pay and any other remuneration for work or services however computed, but does not include tips or other gratuities.

It is pointed out on behalf of the respondents that there is no express provision in the statute requiring that wages and other remuneration within the meaning of this section must come directly from the employer but, as I have indicated, I adopt the view that when the Act is read as a whole this must have been the intention of the Legislature. Whether or not the taxi drivers in the present case can be said to be in receipt of wages within the meaning of this definition must depend on all the facts surrounding their relationship with the taxi company and these have been conveniently set out in the judgment of the Court of Appeal as follows:

At the May 4th, 1978 hearing, *Counsel agreed to a number of facts as alleged in Mr. McBain's submission with respect to Company drivers, including the following*: (The italics are my own.)

a. He drives a company owned car which is rented from the company on a daily or weekly basis,

b. The Company applies for and provides the Alberta registration and license plate,

c. The Company applies for and provides the City of Edmonton Taxi License,

d. The Company pays for both of the above mentioned licenses,

l'employé tout le salaire que celui-ci a gagné au cours de cette période.

(3) Dès qu'il met fin à l'emploi d'un employé, l'employeur doit payer à l'employé tout le salaire que celui-ci a gagné.

Puisque l'existence d'une relation employeur-employé dépend à mon avis du paiement par l'employeur d'un salaire à son employé, il devient essentiel pour résoudre la question soulevée par ce pourvoi d'examiner la définition du mot «salaire» à l'al. 1*h*) que voici:

[TRADUCTION] *h*) «salaire» comprend tout salaire, paiement, paiement de surtemps et toute autre rémunération pour l'exécution d'un travail ou la prestation de services quelle que soit la méthode de calcul, mais ne comprend pas les pourboires et autres gratifications.

Les intimés font remarquer que la Loi ne comporte aucune disposition expresse portant que les salaires et autre rémunération, au sens de cet alinéa, doivent venir directement de l'employeur, mais, comme je l'ai indiqué, je suis d'avis que la Loi lue globalement montre que c'était nécessairement l'intention du législateur. Peut-on dire que les chauffeurs de taxis en l'espèce ont reçu un salaire au sens de la définition? La réponse dépend de tous les faits qui concrétisent leur relation avec la compagnie de taxi; l'arrêt de la Cour d'appel les énumère avec clarté en ces termes:

[TRADUCTION] A l'audience du 4 mai 1978, *les avocats se sont mis d'accord sur un certain nombre de faits allégués dans le mémoire de Me McBain pour le compte des chauffeurs de la compagnie, notamment*: (Les italiques sont de moi.)

a. Il conduit une voiture qui appartient à la compagnie et que celle-ci lui loue sur une base journalière ou hebdomadaire;

b. La compagnie s'occupe de faire immatriculer les voitures et d'obtenir les plaques de l'Alberta et elle les fournit;

c. La compagnie s'occupe d'obtenir le permis de taxi de la ville d'Edmonton qu'elle fournit;

d. La compagnie paie les deux permis susmentionnés;

e. Automobile insurance is paid by and in the name of the Company,

f. The cars have the yellow and black colours of the Company painted on them,

g. He may use stands set aside for the exclusive use of Yellow Cab taxis as per Section 14(1)(a) of the Edmonton Taxicab By-law,

h. The Company pays the Unemployment Insurance contributions for each driver, based on a rate of $30.00 per shift,

i. The Company encourages drivers to wear Yellow Cab uniforms at three stands; the Edmonton Plaza, The Chateau Lacombe and the International Airport,

j. Due to the nature of the work there is little supervision necessary,

k. Gas is bought from the Company,

l. Charge slips bear the Company name,

m. The Company is responsible for collection of all charges,

n. A record consisting of name, address, photograph, license, permit number, telephone number and driving record is kept of each Company driver by the Company,

o. Discipline may vary for breaches of Company rules, but it may include termination,

p. The Company pays for all expenses excluding gas but including oil and maintenance of automobile.

The following additional facts were supplied by Mr. Thiessen, the President of Yellow Cab Ltd. and summarized by the Board as follows:

Mr. Thiessen testified that the Company does not pay any money other than cash for charge slips to the drivers and in fact the drivers pay the Company, pursuant to the Rental Agreement. Mr. Thiessen also testified that the Company has exclusive taxi rights at the International Airport and at the major hotels including the Chateau Lacombe, Hotel Macdonald and the Edmonton Plaza. It is at these major stands that the Company attempts to maintain a strict code of dress. Mr. Thiessen also testified that the drivers themselves do not pay any money to Transport Canada for the exclusive airport stand, nor do they pay any monies directly to the hotels for use of those stands. The evidence also indicated that the drivers have no direct stand rental agreements, either at the stands indicated or at any other Yellow Cab stand.

e. L'assurance automobile est payée par la compagnie qui est l'assuré désigné dans la police;

f. Les voitures sont peintes en jaune et noir, les couleurs de la compagnie;

g. Il peut utiliser les stations de taxi que l'al. 14(1)*a*) du Règlement sur le taxi d'Edmonton réserve à l'usage des taxis Yellow Cab;

h. La compagnie paie des contributions à l'assurance-chômage basées sur un taux de $30 par poste de travail;

i. La compagnie encourage le port de l'uniforme de Yellow Cab par les chauffeurs à trois stations: l'Edmonton Plaza, le Château Lacombe et l'Aéroport international;

j. La nature du travail exige peu de surveillance;

k. L'essence est achetée à la compagnie;

l. Les factures portent le nom de la compagnie;

m. La compagnie se charge de la perception des comptes;

n. La compagnie tient un dossier qui comprend le nom, l'adresse, la photographie, le permis de conduire, le numéro de permis, le numéro de téléphone et le dossier de conduite automobile pour chacun de ses chauffeurs;

o. Les mesures disciplinaires varient selon les infractions aux règles de la compagnie, mais elles vont jusqu'au renvoi;

p. A l'exception de l'essence, la compagnie paie tous les frais, y compris l'huile et l'entretien des voitures.

M. Thiessen, président de Yellow Cab Ltd., a fourni des faits supplémentaires que la Commission a résumés comme suit:

[TRADUCTION] M. Thiessen a témoigné que la compagnie ne verse aucune somme aux chauffeurs, si ce n'est de l'argent comptant pour les facturations, et en fait les chauffeurs paient la compagnie conformément au contrat de location. M. Thiessen a également témoigné que la compagnie a des droits de taxi exclusifs à l'Aéroport international et aux grands hôtels, notamment le Château Lacombe, l'Hôtel Macdonald et l'Edmonton Plaza. C'est à ces stations importantes que la compagnie essaie d'imposer une tenue vestimentaire stricte. M. Thiessen a aussi témoigné que les chauffeurs eux-mêmes ne payent rien à Transports Canada pour l'exclusivité de la station de l'aéroport ni aux hôtels pour l'usage de ces stations. La preuve montre également que les chauffeurs n'ont aucune convention de location directe de station de taxi, que ce soit aux stations indiquées ou à toute autre station de Yellow Cab.

The Board expressed the opinion that the fact that the company provided the opportunity for the drivers to get their remuneration was equivalent to the payment of wages within the statutory definition by the company, but in my opinion the agreed facts indicate that the complainant drivers are lessees of the company's vehicles for which they pay a fixed rental and that there is no point in the relationship of the company and the drivers at which the former pays wages to the latter. The money earned by the taxi drivers is paid to them by their passengers and they in turn pay a rental to the company for the use of the vehicles in which the passenger was carried and for access to the company's facilities, which include the use of taxi stands which are set aside for the exclusive use of the company's taxis in accordance with the Edmonton Taxicab By-law.

The company pays for the Edmonton taxi licences on the rented vehicles and automobile insurance is paid by and in the name of the company. On analysis it will be seen that the payments made by the company are largely if not entirely provided towards the protection of its own property while it is leased to the drivers. The provision of registration and licence plates and the payment of licence fees is an obligation of the owner rather than the lessees of the vehicles and the expenses for maintenance of the vehicles, apart from the provision of gasoline, is clearly in the interest of the owner. It is true that an examination of the agreed facts discloses that the company pays unemployment insurance contributions for each driver, but this can hardly be said to be equivalent to "wages".

As I take the view that no wages flow from the employer-owner to the lessee driver, I cannot find that the relationship of employer and employee existed here within the meaning of the statute.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal and of Mr. Justice Dechene and the decision of the Board of Industrial Relations of Alberta. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Selon la Commission, le fait que la compagnie offre aux chauffeurs la possibilité de gagner leur vie équivaut au paiement d'un salaire au sens de la définition donnée dans la Loi; toutefois, à mon avis, les faits admis montrent que les chauffeurs plaignants sont locataires des véhicules de la compagnie pour lesquels ils paient un loyer fixe et qu'à aucun stade de la relation entre la compagnie et eux, celle-ci ne leur verse un salaire. Ce sont les passagers qui paient aux chauffeurs de taxi ce qu'ils gagnent après quoi ces derniers versent un loyer à la compagnie pour l'utilisation des véhicules qui servent au transport des passagers et pour l'accès à ses installations, ce qui comprend l'utilisation des stations qui sont réservées à l'usage des taxis de la compagnie conformément au Règlement sur le taxi d'Edmonton.

La compagnie paie les permis de taxi d'Edmonton pour les véhicules loués ainsi que les primes des polices d'assurance automobile dont elle est l'assuré désigné. Une analyse de la situation montre que les paiements effectués par la compagnie sont surtout, sinon complètement, orientés vers la protection de ses biens pendant qu'ils sont loués aux chauffeurs. La fourniture de l'immatriculation et des plaques et le paiement des permis sont des obligations qui appartiennent au propriétaire plutôt qu'aux locataires des véhicules et le paiement des frais d'entretien des véhicules, à l'exception de l'essence, est nettement dans l'intérêt du propriétaire. Il est vrai que les faits admis révèlent que la compagnie paie des cotisations d'assurance-chômage pour chaque chauffeur, mais on peut difficilement dire que cela équivaut à un «salaire».

Vu mon opinion qu'aucun salaire ne passe de l'employeur propriétaire au chauffeur locataire, il m'est impossible de conclure à l'existence en l'espèce d'une relation employeur-employé au sens de la Loi.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions de la Cour d'appel de l'Alberta, du juge Dechene et de la Board of Industrial Relations de l'Alberta. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Shortreed Shoctor, Edmonton.

Solicitors for the respondents, A. Sadownik and B. Dunbeck: Barron-McBain, Calgary.

Solicitors for the respondent, Board of Industrial Relations: Sims, Philp & Kent, Edmonton.

Procureurs de l'appelante: Shortreed Shoctor, Edmonton.

Procureurs des intimés, A. Sadownik et B. Dunbeck: Barron-McBain, Calgary.

Procureurs de l'intimée, Board of Industrial Relations: Sims, Philp & Kent, Edmonton.

Frank M. Covert, Q.C., John S. Jodrey and The Canada Permanent Trust Company, Executors under the Will of the late Roy A. Jodrey (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

The Minister of Finance of the Province of Nova Scotia (*Defendant*) *Respondent*;

and

The Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Quebec *Interveners.*

1979: November 22; 1980: July 18.

Present: Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Taxation — Constitutional law — Succession duties — Non-resident corporation — "Beneficially entitled" — Whether resident shareholders of non-resident parent company assessable on estate bequeathed to non-resident subsidiary — In personam tax on resident successor — Legislation intra vires of Provincial Legislature — An Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), c. 17, ss. 1(ae), 2(5), 8, 9.

The deceased, Roy A. Jodrey, was resident and domiciled in Nova Scotia at the time of his death. He had twelve grandchildren, all of whom were then resident in Nova Scotia. In view of *An Act Respecting Succession Duties*, 1972 (N.S.), c. 17, which imposed succession duties on all property of a deceased situated within the province at the time of his death, as well as on property situated outside the province, passing to resident "successors", it became apparent that, unless something was done, Mr. Jodrey's grandchildren, heirs of his estate under his will, would be liable to succession duties. Accordingly, a rather elaborate scheme was devised, by which it was hoped to escape the imposition of duty in Nova Scotia on the estate then valued at some $3,500,000.

The scheme involved three main moves: (1) The incorporation of three companies in Alberta: (i) J.B.H. Investments Ltd., the parent company which issued to each of the grandchildren 100 common shares at a price of $1 per share paid by the grandchildren; (ii) J.G.C. Investments Ltd., the subsidiary company which issued 100 common shares, all of which were beneficially

Frank M. Covert, c.r., John S. Jodrey et The Canada Permanent Trust Company, exécuteurs testamentaires de feu Roy A. Jodrey (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Le ministre des Finances de la province de la Nouvelle-Écosse (*Défendeur*) *Intimé*;

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Québec *Intervenants.*

1979: 22 novembre; 1980: 18 juillet.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit fiscal — Droit constitutionnel — Droits successoraux — Compagnie non résidante — «Droit à titre bénéficiaire» — Les actionnaires résidants d'une compagnie mère non résidante sont-ils imposables sur la succession qui revient à une filiale non résidante? — Impôt personnel sur l'héritier résidant — Loi intra vires de la législature provinciale — An Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), chap. 17, art. 1(ae), 2(5), 8, 9.

Feu Roy A. Jodrey habitait et était domicilié en Nouvelle-Écosse au moment de sa mort. Il avait douze petits-enfants qui avaient tous leur résidence en Nouvelle-Écosse. Etant donné *An Act Respecting Succession Duties*, 1972 (N.S.), chap. 17, qui impose des droits successoraux sur tous les biens d'un défunt situés dans la province au moment de son décès, de même que sur les biens situés hors de la province, transmis à des «héritiers» y résidant, il devint évident que, si rien n'était fait, les petits-enfants de M. Jodrey, héritiers de sa succession en vertu de son testament, seraient assujettis à des droits successoraux. Par conséquent, un plan relativement complexe fut imaginé dans l'espoir de soustraire la succession, évaluée alors à quelque $3,500,000 aux droits successoraux de la Nouvelle-Écosse.

Ce plan comprenait trois étapes principales: (1) La constitution des trois compagnies en Alberta: (i) J.B.H. Investments Ltd., la compagnie mère, qui a émis à chacun des petits-enfants 100 actions ordinaires au prix de $1 l'action, acquitté par eux; (ii) J.G.C. Investments Ltd., la compagnie filiale qui a émis 100 actions ordinaires, toutes détenues par la compagnie mère en tant que

owned by the parent company; (iii) White Rock Investments Ltd., which issued two common shares, each beneficially owned by Mr. Jodrey.

(2) A transaction whereby Mr. Jodrey agreed to sell to White Rock, 4,600 shares of R.A. Jodrey Investments Ltd., a Nova Scotia corporation owned and controlled by Mr. Jodrey, for a consideration of $3,735,200, payable at the office of White Rock in Edmonton by a demand promissory note for that amount, without interest.

(3) A codicil to his will, whereby Mr. Jodrey revoked the bequest to his grandchildren and substituted a bequest to the subsidiary company, including the note of White Rock.

The net result of these various incorporations and transactions was that, at the time of Mr. Jodrey's death, the 4,600 shares of R.A. Jodrey Investments Ltd., formerly owned by the deceased, were the property of White Rock, all of the shares of which were beneficially owned by the deceased and would become a part of his estate. The note given by White Rock on the acquisition of the securities was bequeathed to the subsidiary company, together with all the residue of the estate. All of the shares of the parent company were beneficially owned by Mr. Jodrey's twelve grandchildren.

When Mr. Jodrey died, duty was assessed against the grandchildren on the basis that they were successors to the rest and residue of the deceased's estate under subs. 2(5)(b) of the Nova Scotia Act. The executors filed a notice of objection to the assessment. The respondent confirmed the assessment. His decision was confirmed by the Supreme Court of Nova Scotia and an appeal from that decision was dismissed by a unanimous judgment of the Court of Appeal.

Held (Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ.: Two issues were to be determined in this appeal: (1) Does the application of subs. 2(5)* of the Act result in the grandchildren being deemed to be successors in respect of the residue of the estate? (2) Is subs. 2(5) *ultra vires* of the Legislature of Nova Scotia?

propriétaire bénéficiaire; (iii) White Rock Investments Ltd., qui a émis deux actions ordinaires, toutes deux détenues par M. Jodrey en tant que propriétaire bénéficiaire.

(2) Une opération par laquelle M. Jodrey a convenu de vendre à White Rock 4,600 actions de R.A. Jodrey Investments Ltd., une compagnie néo-écossaise, propriété de M. Jodrey et contrôlée par lui, pour une contrepartie de $3,735,200 payable par un billet à demande de ce montant, sans intérêts au siège de White Rock à Edmonton.

(3) Par un codicille à son testament M. Jodrey a révoqué le legs à ses petits-enfants et y a substitué un legs à la filiale y compris le billet à White Rock.

Le résultat net de la création de ces compagnies et de ces opérations est qu'à la mort de M. Jodrey, les 4,600 actions de R.A. Jodrey Investments Ltd., antérieurement propriété du défunt, appartenaient à White Rock, dont le défunt détenait toutes les actions en tant que propriétaire bénéficiaire; celles-ci faisaient donc partie de sa succession. Le billet souscrit par White Rock lors de l'acquisition des titres a été légué à la filiale, de même que tout le résidu de la succession. Les douze petits-enfants de M. Jodrey étaient propriétaires bénéficiaires de toutes les actions de la compagnie mère.

Quand M. Jodrey est mort, les petits-enfants ont été assujettis aux droits à titre d'héritiers du résidu de la succession du défunt en vertu de l'al. 2(5)b) de la loi de la Nouvelle-Écosse. Les exécuteurs ont déposé un avis de contestation de la cotisation. L'intimé a confirmé la cotisation. Sa décision a été confirmée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et l'appel interjeté de cette décision a été rejeté par un arrêt unanime de la Cour d'appel.

Arrêt (les juges Ritchie, Dickson et McIntyre sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Pigeon, Beetz et Chouinard: Il y a deux questions à trancher dans ce pourvoi: (1) Résulte-t-il de l'application du par. 2(5)* de la Loi que les petits-enfants du défunt sont réputés héritiers du résidu de sa succession? (2) La législature de la Nouvelle-Écosse a-t-elle excédé sa compétence en promulguant le par. 2(5)?

* 2. (5) Where a corporation which is not resident in the Province, other than a corporation without share capital, by reason of the death of a deceased acquires or becomes beneficially entitled to property of the deceased,

(a) the corporation shall be deemed not to be the successor of the property except to the extent that the value of the shares of the shareholders of the corporation is not increased in value by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property; and

(*Continued on next page*)

* 2. (5) Lorsqu'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province, sauf une compagnie sans capital-actions, acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien au décès du défunt,

a) la compagnie n'est pas réputée héritière du bien sauf dans la mesure où la valeur des actions détenues par les actionnaires de la compagnie n'augmente pas du fait que la compagnie acquiert le bien ou le droit à titre bénéficiaire; et

(*Suite à la page suivante*)

(1) The case rested on the meaning to be attributed to the words "beneficially entitled" in subs. 2(5). The contention of the appellants that the meaning to be attributed to these words should be that which has been given by courts of equity, that the word "entitled" requires the existence of a right enforceable by a court of law or equity and "beneficially" is used to distinguish an equitable right or interest from a legal right or interest was not accepted. This Court should not feel itself rigidly bound, in interpreting the words "beneficially entitled", by rules of equity evolved in the courts of chancery in connection with trusts. In the circumstances of this case, the parent company was beneficially entitled to the residue of the estate within the meaning of subs. 2(5). The fact that it was not made a beneficiary under the will did not preclude this finding in view of the fact that it had complete and absolute control of the named beneficiary, the subsidiary company, and had the legal capacity to compel that company to turn over to it the share of the estate bequeathed to it. This conclusion was fortified by the fact that it was the obvious purpose of the scheme adopted by the testator that the subsidiary company should turn over to the parent company the residue of the estate so that it could, in turn, divide the residue among its shareholders, *i.e.*, the grandchildren of the deceased.

This was eminently a case in which the Court should examine the realities of the situation and conclude that the subsidiary company was bound hand and foot to the parent company and had to do whatever its parent said. It was a mere conduit pipe linking the parent company to the estate.

(2) Subsection 2(5) was *intra vires* of the Legislature of Nova Scotia to enact. Subsection 2(5), coupled with subs. 8(2), merely imposes upon resident shareholder successors the same obligation imposed upon resident successors by subs. 8(2). They do not succeed to property of the deceased directly, but the property ultimately devolves upon them by reason of his death through their ownership of shares in a non-resident corporation which becomes beneficially entitled to property of the deceased.

The tax which is imposed upon the grandchildren of the deceased by the combined effect of subs. 8(2) and subs. 2(5) is a tax imposed upon residents of Nova

(*Continued from previous page*)

(b) each of the shareholders of the corporation shall be deemed to be a successor of property of the deceased to the extent of the amount by which the value of his shares in the corporation is increased by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property.

. . .

(1) L'issue de l'affaire dépend du sens de l'expression «droit à titre bénéficiaire» au par. 2(5). On a rejeté la prétention des appelants qu'il faut donner à ces mots le sens que lui ont donné les cours d'*equity*, savoir, que le terme «droit» exige qu'il existe un droit qui puisse être sanctionné par un tribunal de *common law*, ou d'*equity*, et que l'expression «titre bénéficiaire» est employée pour distinguer un droit ou un intérêt en *equity* d'un droit ou un intérêt en *common law*. Cette Cour ne doit pas se considérer comme strictement liée, dans l'interprétation de l'expression «droit à titre bénéficiaire», par les règles d'*equity* qu'ont élaborées les cours de *chancery* en matière de fiducie. Dans les circonstances présentes, la compagnie mère a droit à titre bénéficiaire au résidu de la succession au sens du par. 2(5). Le fait qu'elle n'était pas désigné comme bénéficiaire dans le testament n'empêche pas de venir à cette conclusion vu qu'elle avait le contrôle total et absolu de la bénéficiaire désignée, la filiale, et qu'elle pouvait juridiquement la forcer à lui remettre la partie de la succession qui lui avait été léguée. Cette conclusion est renforcée par le fait que le plan adopté par le testateur a pour but évident que la filiale remettre à la compagnie mère le résidu de la succession et qu'à son tour, celle-ci le répartisse entre ses actionnaires, c.-à-d., les petits-enfants du défunt.

Il s'agit là d'un cas typique où la Cour doit examiner la véritable situation et conclure que la filiale était à la merci de la compagnie mère et devait lui obéir au doigt et à l'œil. La filiale n'était qu'une courroie de transmission entre la compagnie mère et la succession.

(2) Le paragraphe 2(5) est *intra vires* de la législature de la Nouvelle-Écosse. Le paragraphe 2(5), joint au par. 8(2), ne fait qu'imposer aux héritiers actionnaires qui résident dans la province la même obligation qu'impose le par. 8(2) aux héritiers qui y résident. Ils n'héritent pas des biens du défunt directement, mais les biens leur sont dévolus en dernier ressort à cause du décès parce qu'ils détiennent des actions d'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province et qui acquiert un droit à titre bénéficiaire sur les biens du défunt.

L'impôt auquel sont assujettis les petits-enfants du défunt par l'effet combiné des par. 8(2) et 2(5) est un impôt qui frappe les personnes qui résident en Nouvelle-

(*Suite de la page précédente*)

b) chaque actionnaire de la compagnie est réputé héritier du bien du défunt en proportion de l'augmentation de la valeur des actions de la compagnie qu'il détient, du fait de l'acquisition par cette dernière du bien ou du droit à titre bénéficiaire.

. . .

Scotia measured by their succession to the estate of a resident of Nova Scotia, whose will was made and probated in Nova Scotia. This is a tax upon residents in the province and so is taxation within the province. The tax is not a tax property outside the province. It is a tax upon persons within the province measured by the benefits which they derive as a result of the bequest made to a non-resident corporation of which they are the shareholders. It is clearly imposed upon the very persons who were intended to pay it, and so it cannot be regarded as an indirect tax and thus not within s. 92(2) of the *British North America Act*.

Per Ritchie, Dickson and McIntyre JJ., *dissenting*: In order to sustain the assessment, the respondent had to establish that the parent company became "beneficially entitled" to property of the deceased. The meanings of these words are almost invariably drawn from cases concerned with the construction of wills or succession duty statutes which are found in the jurisprudence built up by the courts of chancery. The nub of the problem in this case is that the draftsman of the statute selected a phrase well known to the courts. In the absence of earlier authority and in a context other than one related to estates and succession duties, a court might construe "beneficially entitled" according to what could be regarded as the popular usage of the language employed. But that was not the case here, and in the light of the interpretation given to these words by courts of chancery and of equity, the parent company cannot be said to be "beneficially entitled" for it has no standing or capacity to "sue for and recover" the estate assets. It perhaps has the power, through its share control, to compel the subsidiary company to take steps against the trustees but it has no independent claim and no claim to beneficial entitlement which it can assert. There is nothing in the particular statute or in any rule of statutory construction that permits one to climb up the corporate hierarchical ladder by applying s. 2(5) time and again. That is the very gap in the legislation of which the testator took advantage.

It is proper for the Court to look not only at principles of trust law, but to those of corporate law to determine whether, by virtue of its ownership of all the outstanding shares of the subsidiary company, the parent company can be said to be "beneficially entitled" to the assets of its subsidiary. The general principle is that a company is not the beneficial owner of the assets of its own subsidiary and that a shareholder has no proprietary interest in the assets of a company in which he holds shares,

Écosse et qui héritent d'une personne résidant en Nouvelle-Écosse dont le testament a été fait et homologué en Nouvelle-Écosse. Il s'agit d'un impôt qui frappe les personnes qui résident dans la province et constitue par conséquent une taxe imposée dans les limites de la province. L'impôt ne frappe pas des biens situés hors de la province. C'est un impôt qui frappe des personnes se trouvant dans les limites de la province, calculé en fonction des avantages qu'elles retirent d'un legs fait à une compagnie qui n'y a pas son siège social et dont elles sont actionnaires. Il frappe de toute évidence les personnes qui doivent l'acquitter et on ne peut donc le considérer comme un impôt indirect qui excéderait les pouvoirs conférés au par. 92(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Les juges Ritchie, Dickson et McIntyre, *dissidents*: Afin de pouvoir fonder la cotisation, il a fallu que l'intimé établisse que la compagnie mère a acquis un «droit à titre bénéficiaire» sur les biens du défunt. La définition de ces mots est presque toujours tirée d'affaires portant sur l'interprétation de testaments ou de lois imposant des droits successoraux et que l'on trouve dans la jurisprudence élaborée par les cours de *chancery*. Le nœud du problème en l'espèce est que le rédacteur de la Loi a utilisé une expression bien connue des tribunaux. En l'absence de précédents et dans un autre contexte que celui des successions et des droits successoraux, un tribunal pourrait interpréter l'expression «droit à titre bénéficiaire» selon ce qu'on pourrait considérer être son sens courant. Mais ce n'est pas le cas dans cette affaire, et à la lumière du sens donné à ces mots par les cours de *chancery* et d'*equity*, on ne peut dire que la compagnie mère a des «droits à titre bénéficiaire» parce qu'elle n'a pas l'intérêt ou la capacité pour «poursuivre en justice le recouvrement» des biens de la succession. Elle a peut-être le pouvoir, par le biais de son contrôle sur les actions, de forcer la filiale à prendre des mesures contre les fiduciaires, mais elle n'a pas de droit indépendant et ne peut faire valoir de droit à titre bénéficiaire. Rien dans cette loi ou dans quelque règle d'interprétation des lois n'autorise à remonter la chaîne des compagnies par l'application répétée du par. 2(5). C'est là la faille même de la Loi que le testateur a exploitée.

La Cour peut à bon droit tenir compte non seulement des principes du droit des fiducies, mais également de ceux du droit des compagnies pour déterminer si l'on peut dire que la compagnie mère, en tant que propriétaire de toutes les actions émises de la filiale, a un «droit à titre bénéficiaire» sur les biens de la filiale. Le principe général est qu'une compagnie n'est pas propriétaire bénéficiaire de l'actif de sa propre filiale et qu'un actionnaire n'a pas de droit de propriété sur les biens d'une

otherwise than upon a winding-up. In the absence of fraud or improper conduct the courts cannot disregard the separate existence of a corporate entity. No distinction can be made in principle between ownership of 100 shares in a major corporation and ownership of all the issued shares in a small company. In neither case does the shareholder own any asset other than shares.

Finally, the legislation under consideration contained no provisions which introduce a statutory concept of sham, fraud, improper tax avoidance or illegal transactions, and it was also plain that the appellants did not fit the convention "sham" standard of a transaction purporting to create legal rights and obligations which are at variance with the legal relationships which in fact characterize the arrangement.

[*Re Chodikoff*, [1971] 1. O.R. 321, distinguished; *In re Miller's Agreement*; *Uniacke v. Attorney-General*, [1947] Ch. 615; *Montreal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, [1958] S.C.R. 146; *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1968] 1 All E.R. 257, considered; *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*, [1969] 3 All E.R. 855; *D.N.H. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council*, [1976] 1 W.L.R. 852; *Minister of Revenue for Ontario v. McCreath*, [1977] 1 S.C.R. 2, applied; *MacKeen Estate v. Minister of Finance of Nova Scotia* (1977), 36 A.P.R. 572; *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Attorney General (B.C.) v. Canada Trust Co. and Ellett*, [1980] 2 S.C.R. 466, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division[1], dismissing an appeal from a judgment of Hart J. Appeal dismissed, Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. dissenting.

J. T. MacQuarrie, Q.C., R. N. Pugsley, Q.C., and *R. Jones*, for the plaintiffs, appellants.

T. B. Smith, Q.C., J. W. Kavanagh, Q.C., and *A. S. Butler*, for the defendant, respondent.

H. L. Henderson and *M. C. Nash*, for the intervener, the Attorney General of British Columbia.

Henri Brun and *Jean François Jobin*, for the intervener, the Attorney General of Quebec.

[1] [1978] C.T.C. 554.

compagnie dont il détient des actions, sauf en cas de liquidation. En l'absence de fraude ou de conduite malhonnête, les tribunaux ne peuvent écarter l'existence juridique distincte d'une compagnie. On ne peut établir de distinctions de principe entre la propriété de 100 actions d'une compagnie importante et la propriété de toutes les actions émises d'une petite compagnie. Dans un cas comme dans l'autre, l'actionnaire n'est propriétaire d'aucun autre bien que des actions.

Enfin la loi en cause ne contient aucune disposition qui y introduit la notion de simulation, de fraude, d'évasion fiscale illégale ou d'opérations illégales et il est clair également que l'organisation des appelants ne cadre pas avec le critère traditionnel d'une opération «simulée» aux fins de créer des droits et des obligations qui ne correspondent pas aux liens juridiques qui caractérisent en fait l'organisation.

[Jurisprudence: distinction faite avec *Re Chodikoff*, [1971] 1 O.R. 321; arrêts examinés: *In re Miller's Agreement*; *Uniacke v. Attorney-General*, [1947] Ch. 615; *Montreal Trust Co. c. Le ministre du Revenu national*, [1958] R.C.S. 146; *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1968] 1 All E.R. 257; arrêts suivis: *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*, [1969] 3 All E.R. 855; *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council*, [1976] 1 W.L.R. 852; *Ministre du Revenu de l'Ontario c. McCreath*, [1977] 1 R.C.S. 2; arrêts mentionnés: *MacKeen Estate v. Minister of Finance of Nova Scotia* (1977), 36 A.P.R. 572; *Macaura v. Northern Assurance Co.*, [1925] A.C. 619; *Procureur général (C.-B.) c. Canada Trust Co. and Ellett*, [1980] 2 R.C.S. 466.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse[1], qui a rejeté un appel interjeté du jugement du juge Hart. Pourvoi rejeté, les juges Ritchie, Dickson et McIntyre sont dissidents.

J. T. MacQuarrie, c.r., R. N. Pugsley, c.r., et *R. Jones*, pour les demandeurs, appelants.

T. B. Smith, c.r., J. W. Kavanagh, c.r., et *A. S. Butler*, pour le défendeur, intimé.

H. L. Henderson et *M. C. Nash*, pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

Henri Brun et *Jean François Jobin*, pour l'intervenant, le procureur général du Québec.

[1] [1978] C.T.C. 554.

The judgment of Martland, Pigeon, Beetz and Chouinard JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The issue in this appeal is as to the validity of a notice of assessment dated August 8, 1975, addressed by the respondent to the appellants who are the executors of the estate of Roy A. Jodrey, deceased, which increased the total value of the estate by $3,784,273 and which assessed duty against the twelve grandchildren of the deceased.

The parties in these proceedings agreed to a statement of facts. The following are relevant to the issues in this appeal.

Roy A. Jodrey, who died on August 12, 1973, had lived at Hantsport, Nova Scotia, for approximately thirty years prior to that date. At the time of his death, he was resident and domiciled at Hantsport. He had twelve grandchildren, all of whom were then resident in Nova Scotia.

He executed a will on August 13, 1963. The will provided that the executors were to pay, out of the general capital of the estate, all just debts, funeral and testamentary expenses and all estate taxes, succession duties, inheritance and death taxes payable on the property passing under the will, with the intent that all bequests under the will would be free of such duties and taxes.

The will bequeathed all the estate of the deceased to the executors upon trust to pay certain bequests and to hold the rest and residue of the estate in trust, first to pay to the wife of the deceased $500 per month during her lifetime, unless she renounced all or part of such income, and, second, on her death, to divide the rest and residue of the estate among the grandchildren of the deceased.

On January 1, 1972, the federal government vacated the field of federal estate taxation. The Province of Nova Scotia, as well as five other provinces, enacted succession duty statutes. These provinces were reciprocating provinces and entered into agreements with the federal government to administer the legislation and to collect the succession duties. Alberta did not enact legislation for the imposition of succession duties.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Beetz et Chouinard rendu par

LE JUGE MARTLAND—Le litige dans ce pourvoi porte sur la validité d'un avis de cotisation en date du 8 août 1975, adressé par l'intimé aux appelants à titre d'exécuteurs testamentaires de feu Roy A. Jodrey; la cotisation augmentait la valeur totale de la succession de $3,784,273 et imposait des droits de succession aux douze petits-enfants du défunt.

Les parties à l'instance ont convenu d'un exposé conjoint des faits. Voici ceux qui sont pertinents aux questions en litige dans ce pourvoi.

Roy A. Jodrey, décédé le 12 août 1973, a vécu à Hantsport (Nouvelle-Écosse) pendant environ trente ans. Au moment de sa mort, il habitait et était domicilié à Hantsport. Il avait douze petits-enfants qui avaient tous leur résidence en Nouvelle-Écosse.

Il a fait un testament le 13 août 1963. Le testament disposait que les exécuteurs devaient payer, à même le capital de la succession, toutes les dettes prouvées, les frais funéraires et testamentaires et tous les impôts et droits successoraux, frais, taxes d'héritage et de mutation sur les biens légués par le testament, afin que tous les legs soient nets de tous droits et taxes.

Le testament léguait tous les biens du défunt aux exécuteurs en fiducie pour qu'ils paient les legs particuliers et détiennent le résidu de la succession en fiducie, en premier lieu, pour verser à la veuve $500 par mois sa vie durant, à moins qu'elle ne renonce à ce revenu en totalité ou en partie, et, en second lieu, pour qu'ils répartissent à la mort de celle-ci, le résidu de la succession entre les petits-enfants du défunt.

Le 1er janvier 1972, le gouvernement fédéral s'est retiré du champ de l'impôt fédéral sur les successions. La province de la Nouvelle-Écosse, tout comme cinq autres provinces, a édicté des lois imposant des droits successoraux. Ces provinces étaient parties à des accords de réciprocité et ont conclu des ententes avec le gouvernement fédéral pour que celui-ci administre les lois et perçoive les droits successoraux. L'Alberta n'a pas édicté de loi imposant des droits successoraux.

The Nova Scotia legislation, which is in issue here, is *An Act Respecting Succession Duties*, 1972 (N.S.), c. 17, enacted on May 15, 1972, hereinafter referred to as "the Act". It was made effective from January 1, 1972. The provisions of that Act, relevant to this appeal, are as follows:

1. (ae) "successor" in relation to any property of the deceased includes any person who, at any time before or on or after the death of the deceased became or becomes beneficially entitled to any property of the deceased

(i) by virtue of, or conditionally or contingently on, the death of the deceased,

. . .

2. (5) Where a corporation which is not resident in the Province, other than a corporation without share capital, by reason of the death of a deceased acquires or becomes beneficially entitled to property of the deceased,

(a) the corporation shall be deemed not to be the successor of the property except to the extent that the value of the shares of the shareholders of the corporation is not increased in value by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property; and

(b) each of the shareholders of the corporation shall be deemed to be a successor of property of the deceased to the extent of the amount by which the value of his shares in the corporation is increased by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property.

. . .

8. (1) Subject as hereafter otherwise provided, duty shall be paid on all property of a deceased that is situated, at the time of the death of the deceased, with the Province.

(2) Subject as hereafter otherwise provided, where property of a deceased was situated outside the Province at the time of the death of a deceased and the successor to any of the property of the deceased was a resident at the time of the death of the deceased, duty shall be paid by the successor in respect of that property to which he is the successor.

9. Each successor to any property of a deceased on which duty is payable under subsection (1) of Section 8 and each successor liable to pay duty under subsection (2) of Section 8 shall pay the duty to the Minister for the raising of a revenue for provincial purposes.

La loi de la Nouvelle-Écosse en litige ici, s'intitule *An Act Respecting Succession Duties*, 1972 (N.S.), chap. 17, édictée le 15 mai 1972, ci-après appelée «la Loi». Son entrée en vigueur était rétroactive au 1er janvier 1972. Les dispositions de cette loi, pertinentes à ce pourvoi, se lisent comme suit:

[TRADUCTION] 1. ae) «héritier» à l'égard d'un bien du défunt comprend toute personne qui, à toute époque avant ou après la mort du défunt, a acquis ou acquiert un droit à titre bénéficiaire sur un bien du défunt

(i) à l'occasion du décès du défunt, ou conditionnellement à celui-ci,

. . .

2. (5) Lorsqu'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province, sauf une compagnie sans capital-actions, acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien au décès du défunt,

a) la compagnie n'est pas réputée héritière du bien sauf dans la mesure où la valeur des actions détenues par les actionnaires de la compagnie n'augmente pas du fait que la compagnie acquiert le bien ou le droit à titre bénéficiaire; et

b) chaque actionnaire de la compagnie est réputé héritier du bien du défunt en proportion de l'augmentation de la valeur des actions de la compagnie qu'il détient, du fait de l'acquisition par cette dernière du bien ou du droit à titre bénéficiaire.

. . .

8. (1) Sous réserve de ce qui suit, des droits successoraux doivent être payés sur les biens d'un défunt situés dans la province à son décès.

(2) Sous réserve de ce qui suit, lorsque les biens d'un défunt sont situés à l'extérieur de la province au moment de son décès et que l'héritier de l'un de ces biens réside dans la province à ce moment, ce dernier doit acquitter les droits successoraux en vertu de la présente loi sur les biens dont il hérite.

9. L'héritier d'un bien sur lequel il doit acquitter des droits successoraux en vertu du paragraphe (1) de l'article 8 et celui qui est assujetti à des droits en vertu du paragraphe (2) de l'article 8, doit les payer au ministre à titre de revenu prélevé pour des objets provinciaux.

Following the enactment of this legislation, the following events occurred:

1. Solicitors on behalf of Mr. Jodrey incorporated three Alberta corporations:

(a) On September 13, 1972, J.B.H. Investments Limited (hereinafter referred to as "the parent company") was incorporated with a capital stock of 20,000 shares, without nominal or par value. The two persons incorporating this company were a solicitor and an articled student in an Edmonton law firm. They became the directors and officers of the company. Each of Mr. Jodrey's grandchildren came to hold 100 shares in the capital stock of the company.

(b) On September 13, 1972, J.G.C. Investments Limited (hereinafter referred to as "the subsidiary company") was incorporated with a capital stock of 20,000 shares, without nominal or par value. The persons incorporating this company were the same as those who incorporated the parent company. Each held one share in the capital stock of the company and they became directors and officers of it. On the same date, 98 shares of the capital stock of the company were allotted to the parent company. Subsequently, the two incorporators of the company made declarations of trust in favour of the parent company in respect of the two shares held by them.

(c) White Rock Investments Limited ("White Rock") was incorporated on September 13, 1972, with a capital stock of 20,000 shares, without nominal or par value, by the same two persons who had incorporated the other two companies. These persons became directors and officers of the company. Each held one share in the capital stock of the company. One of those shares was immediately transferred to the deceased, Roy A. Jodrey. The other share was the subject of a declaration of trust in favour of the deceased.

On September 22, 1972, an agreement was made between Roy A. Jodrey and White Rock whereby the former sold to White Rock 4,600 shares in the capital stock of R.A. Jodrey Investments Limited for a consideration of $3,735,200 payable by a demand promissory note for that

Après l'adoption de cette loi, voici ce qui s'est produit:

1. Des avocats ont constitué trois compagnies en Alberta pour le compte de M. Jodrey:

a) Le 13 septembre 1972, J.B.H. Investments Limited (ci-après appelée «la compagnie mère») a été constituée avec un capital-actions de 20,000 actions, sans valeur nominale ni valeur au pair. Les deux personnes qui l'ont constituée étaient un avocat et un stagiaire d'un bureau d'avocats d'Edmonton. Ils en sont devenus les administrateurs. Chaque petit-enfant de M. Jodrey a reçu 100 actions du capital-actions de cette compagnie.

b) Le 13 septembre 1972, J.G.C. Investments Limited (ci-après appelée «la compagnie filiale») a été constituée avec un capital-actions de 20,000 actions, sans valeur nominale ni valeur au pair. Les personnes qui ont constitué cette compagnie étaient les mêmes que pour la compagnie mère. Chacune détenait une action du capital-actions de la compagnie et elles en sont devenues les administrateurs. Le même jour, 98 actions du capital-actions de la compagnie ont été attribuées à la compagnie mère. Subséquemment, les deux personnes ayant constitué la compagnie ont fait des déclarations de fiducie en faveur de la compagnie mère pour les deux actions qu'elles détenaient.

c) White Rock Investments Limited («White Rock») a été constituée le 13 septembre 1972 avec un capital-actions de 20,000 actions, sans valeur nominale ni valeur au pair, par les deux mêmes personnes. Ces personnes en sont devenues les administrateurs. Chacune détenait une action du capital-actions de la compagnie. Une de ces actions a été immédiatement transférée au défunt, Roy A. Jodrey. L'autre action a fait l'objet d'une déclaration de fiducie en faveur du défunt.

Le 22 septembre 1972, un accord a été conclu entre Roy A. Jodrey et White Rock, par lequel celui-ci a vendu à White Rock 4,600 actions du capital-actions de R.A. Jodrey Investments Limited pour une somme de $3,735,200 payable par un billet à demande de ce montant, sans intérêts, au

amount, without interest, payable at the office of the company in Edmonton. R.A. Jodrey Investments Limited is a Nova Scotia corporation, with head office at Hantsport, Nova Scotia. Its authorized capital is $50,000 divided into 5,000 shares each with a par value of $10. Five thousand shares had been issued, of which 4,600 shares were owned by and registered in the name of Roy A. Jodrey prior to the September 22, 1972, agreement.

2. On October 5, 1972, Mr. Jodrey executed a codicil to his will whereby the provisions of the will respecting the division of the residue of the estate among his grandchildren were revoked and, instead, it was directed that such residue, including the note from White Rock, be given and bequeathed to the subsidiary company.

Mr. Jodrey's wife survived him and on September 18, 1973, gave a written direction to the executors of the estate renouncing the income given to her under the provisions of the will.

The net result of these various incorporations and transactions was that, at the time of Mr. Jodrey's death, the 4,600 shares of R.A. Jodrey Investments Limited, formerly owned by the deceased, were the property of White Rock, all of the shares of which were beneficially owned by the deceased and would become a part of his estate. The note given by White Rock on the acquisition of the securities was bequeathed to the subsidiary company, together with all the residue of the estate. All of the shares of the subsidiary company were beneficially owned by the parent company. All of the shares of the parent company were beneficially owned by Mr. Jodrey's twelve grandchildren.

Mr. Jodrey's will and the codicil were duly proved by his executors in Nova Scotia and probate was granted by the Probate Court, Windsor, Nova Scotia, on September 28, 1973. The executors filed a succession duty return declaring the total value of the estate under the Act to be $162,009.50. By a notice of assessment dated August 8, 1975, the total value of the estate was increased by $3,784,273. By the notice, duty was assessed against the twelve grandchildren on the basis that they were successors to the rest and

siège de la compagnie à Edmonton. R.A. Jodrey Investments Limited est une compagnie de la Nouvelle-Écosse, dont le siège social se trouve à Hantsport (Nouvelle-Écosse). Son capital autorisé est de $50,000 divisé en 5,000 actions d'une valeur au pair de $10 chacune. Cinq mille actions avaient été émises, dont 4,600 appartenaient à Roy A. Jodrey et étaient enregistrées à son nom, avant la conclusion de l'entente du 22 septembre 1972.

2. Le 5 octobre 1972, par un codicille, M. Jodrey a révoqué les dispositions de son testament concernant la répartition du résidu de la succession entre ses petits-enfants; il a ordonné que le résidu soit transmis et légué à la filiale.

Mme Jodrey lui a survécu et le 18 septembre 1973 a avisé par écrit les exécuteurs de la succession qu'elle renonçait au revenu qui lui était réservé par le testament.

Le résultat net de la création de ces compagnies et de ces opérations est qu'à la mort de M. Jodrey, les 4,600 actions de R.A. Jodrey Investments Limited, antérieurement propriété du défunt, appartenaient à White Rock, dont le défunt détenait toutes les actions en tant que propriétaire bénéficiaire; celles-ci faisaient donc partie de sa succession. Le billet souscrit par White Rock lors de l'acquisition des titres a été légué à la filiale, de même que tout le résidu de la succession. La compagnie mère était propriétaire bénéficiaire de toutes les actions de la filiale. Les douze petits-enfants de M. Jodrey étaient propriétaires bénéficiaires de toutes les actions de la compagnie mère.

Les exécuteurs ont dûment fait homologuer et enregistrer le testament et le codicille de M. Jodrey en Nouvelle-Écosse et la *Probate Court* de Windsor (Nouvelle-Écosse) a délivré le certificat d'enregistrement le 28 septembre 1973. Les exécuteurs ont produit une déclaration d'impôt successoral établissant la valeur totale de la succession au sens de la Loi à $162,009.50. Par un avis de cotisation en date du 8 août 1975, la valeur totale de la succession a été augmentée de $3,784,273. L'avis assujettissait les douze petits-enfants à l'im-

residue of the deceased's estate under subs. 2(5)(b) of the Act. The executors filed a notice of objection to the assessment, based on two grounds, stated as follows:

1. The twelve grandchildren of the deceased assessed by the Notice of Assessment, are not successors within the meaning of the Succession Duty Act and therefore are not liable to pay any duty.

2. Section 2(5) of the Succession Duty Act is *ultra vires* the powers of the Nova Scotia Legislature.

The Minister of Finance of Nova Scotia confirmed the assessment. His decision was appealed by the appellants to the Supreme Court of Nova Scotia. The appeal was based upon the two grounds alleged in the notice of objection. The Court decided both the issues raised in favour of the respondent. The appellants' appeal from that decision was dismissed by an unanimous judgment of the Court of Appeal.

With leave, an appeal was then brought to this Court.

There are two issues to be determined in this appeal:

1. Does the application of subs. 2(5) of the Act result in the grandchildren of the deceased being deemed to be successors in respect of the residue of his estate?

2. Is subs. 2(5) *ultra vires* of the Legislature of the Province of Nova Scotia to enact?

First Issue:

The Courts below have held that subs. 2(5) of the Act deems the grandchildren of the deceased to be successors in respect of the residue of the estate.

The contention of the appellants is that subs. 2(5) does not so operate because the corporation not resident in the province under the terms of the subsection was the subsidiary company to which the deceased bequeathed the residue of the estate. The grandchildren of the deceased were not shareholders of that company and so the provisions of

pôt à titre d'héritiers du résidu de la succession du défunt en vertu de l'al. 2(5)b) de la Loi. Les exécuteurs ont produit un avis de contestation de la cotisation, fondé sur deux moyens, énoncés comme suit:

[TRADUCTION] 1. Les douze petits-enfants du défunt visés par l'avis de cotisation ne sont pas héritiers au sens de la *Succession Duty Act* et par conséquent ne sont assujettis à aucun droit.

2. Le paragraphe 2(5) de la *Succession Duty Act* excède la compétence de la législature de la Nouvelle-Écosse.

Le ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse a confirmé la cotisation. Les appelants ont interjeté appel de sa décision à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. L'appel se fondait sur les deux moyens soulevés dans l'avis de contestation. La Cour a tranché les deux questions en faveur de l'intimé. L'appel interjeté de cette décision par les appelants a été rejeté par un arrêt unanime de la Cour d'appel.

Avec autorisation, ce pourvoi a été interjeté.

Il y a deux questions à trancher dans ce pourvoi:

1. Résulte-t-il de l'application du par. 2(5) de la Loi que les petits-enfants du défunt sont réputés héritiers du résidu de sa succession?

2. La législature de la province de la Nouvelle-Écosse a-t-elle excédé sa compétence en promulguant le par. 2(5)?

La première question

Les cours d'instance inférieure ont déclaré qu'en vertu du par. 2(5) de la Loi, les petits-enfants du défunt sont réputés héritiers du résidu de la succession.

Les appelants soutiennent que le par. 2(5) n'a pas cet effet parce que la compagnie, qui n'a pas son siège social dans la province au sens de la disposition, est la filiale à laquelle le défunt a légué le résidu de sa succession. Les petits-enfants du defunt n'en sont pas actionnaires et l'al. b) du paragraphe n'a pas pour effet de les réputer héri-

para. (b) of the subsection did not operate to deem them to be successors in respect of the residue of the estate.

The Courts below were of the opinion that the parent company, which owned outright 98 of the 100 issued shares of the subsidiary company and beneficially owned the remaining two shares, was a non-resident corporation which became beneficially entitled to the residue of the estate of the deceased within the meaning of the opening words of the subsection and consequently para. (b) took effect to deem the shareholders of the parent company (*i.e.*, the twelve grandchildren) to be successors in respect of the residue of the estate.

The Courts below considered the meaning of the words "beneficially entitled" as used in subs. 2(5). The reasoning of Hart J., in the Court of first instance, adopted the reasons he had given in a case heard immediately prior to the present case (the *MacKeen* case[2]), in which the same issues arose. He said, in that case:

> It seems to me that the plain ordinary meaning of the expression "beneficial owner" is the real or true owner of the property. The property may be registered in another name or held in trust for the real owner, but the "beneficial owner" is the one who can ultimately exercise the rights of ownership in the property.
>
> I believe that the other expression "beneficially entitled to" has a slightly different meaning from that of "beneficial owner". The person beneficially entitled to property may be further removed from the exercise of ultimate ownership of the property than the "beneficial owner", but as long as that person has the right to legally establish the exercise of the rights of ownership over the property then it may be said that he is beneficially entitled thereto. This distinction between the two expressions is, in my opinion, clearly shown by the judgments in the cases of *Rodwell Securities* ([1968] 1 All E.R. 257) and *Montreal Trust [Torrance Estate]* ([1958] S.C.R. 146). In the *Rodwell Securities* case the Court was dealing with the situation in which the appellant was required to establish beneficial ownership of the shares of two separate companies in one third company. It was found that the true real ownership of the shares was in a subsidiary company rather than its parent. In the other case the Supreme Court of Canada was considering the meaning of the expression "beneficially entitled to" where the Court found that it was sufficient

[2] (1977), 36 A.P.R. 572.

tiers du résidu de la succession.

Selon les cours d'instance inférieure, la compagnie mère, qui détient 98 des 100 actions émises de la filiale et est propriétaire bénéficiaire des deux actions restantes, est une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province et qui a acquis un droit à titre bénéficiaire sur le résidu de la succession du défunt au sens des termes introductifs du paragraphe; en conséquence l'al. b) a pour effet de réputer les actionnaires de la compagnie mère (c.-à-d., les douze petits-enfants) héritiers du résidu de la succession.

Les cours d'instance inférieure ont étudié le sens de l'expression «droit à titre bénéficiaire» employée au par. 2(5). En première instance, le juge Hart a repris les motifs qu'il avait rendus dans une affaire entendue immédiatement avant celle-ci (l'affaire *MacKeen*[2]), dans laquelle les mêmes questions se posaient. Voici ce qu'il y a dit:

> [TRADUCTION] Il me semble que le sens courant de l'expression «propriétaire bénéficiaire» est celui de véritable propriétaire ou propriétaire réel du bien. Le bien peut être enregistré à un autre nom ou détenu en fiducie pour le véritable propriétaire, mais le «propriétaire bénéficiaire» est celui qui, en dernier ressort, exerce les droits de propriété sur le bien.
>
> Je crois que l'autre expression «droit à titre bénéficiaire» a une signification légèrement différente de celle de «propriétaire bénéficiaire». La personne qui a un droit à titre bénéficiaire sur un bien peut être plus loin de l'exercice du droit de propriété en dernier ressort que le «propriétaire bénéficiaire», mais tant que cette personne a le droit de faire valoir légalement les droits de propriété sur le bien, on peut dire qu'elle a un droit à titre bénéficiaire sur celui-ci. Cette distinction entre les deux expressions ressort à mon avis clairement des opinions exprimées dans les arrêts *Rodwell Securities* ([1968] 1 All E.R. 257) et *Montreal Trust [la succession Torrance]* ([1958] R.C.S. 146). Dans *Rodwell Securities*, la Cour se penchait sur un cas où l'appelant devait établir qui était propriétaire bénéficiaire des actions détenues par deux compagnies distinctes dans une troisième. On a décidé que c'était la compagnie filiale plutôt que la compagnie mère, qui était la véritable propriétaire des actions. Dans l'autre arrêt, la Cour suprême du Canada a étudié le sens de l'expression «droit à titre bénéficiaire» et a décidé qu'il suffisait que le bien en question puisse

[2] (1977), 36 A.P.R. 572.

if the property in question could be applied to one's benefit by resort to an effective cause of payment.

In my opinion the Legislature of Nova Scotia in using the expression "Where a corporation ... becomes beneficially entitled to property of the deceased" it was using it in the broad sense to cover the situation where the corporation is put in a position to ultimately exercise the rights of ownership over property of the deceased. It would be unnecessary to use additional words such as "directly or indirectly" or "is controlled by" to effect its purpose. "Becomes beneficially entitled to" is broad enough to cover situations in which the property is registered in another name or held in trust or placed in the form in which the corporation can legally recover the property for its own benefit.

The judgment of Hart J. was sustained on appeal. Chief Justice MacKeagan, who delivered the judgment of the Court of Appeal in the *MacKeen (supra)* case and in the present case, said in his reasons in the former case:

I agree that being "entitled" to property means being able to "legally recover" it, that is, in the present context, to have the right and power, by lawful means, to fully enjoy the property. The adverb "beneficially" indicates that the person entitled to enjoyment of the property may not have full legal title.

In the modern sense of the phrase, a person is "beneficially entitled" to property if he is the real or beneficial owner of it, even though it is in someone else's name as nominal owner. The nominal owner of the property, whether real property, choses in action or other personal property, has legal title to it. The real owner, the person "beneficially entitled" to it, can require the nominal owner to let him use or have possession of the property, or to give him the income from it, or otherwise to let him have the benefit and enjoyment of it. He usually can require the nominal owner to convert the property into another form or to transfer the legal title to some other nominal owner. Above all, he is able, unless restricted by the terms of a specific trust, to call on the nominal owner to convey the property to him and to transfer its legal title to him, the real owner. If he does so, he will then fully acquire the property by achieving full ownership and will cease to be merely benefically entitled to it.

The contention of the appellants is that the meaning to be attributed to the words "beneficially entitled" should be that which has been given by

être utilisé au profit d'une personne par le recours à un moyen efficace de paiement.

A mon avis, quand la législature de la Nouvelle-Écosse emploie l'expression «Lorsqu'une compagnie ... acquiert un droit à titre bénéficiaire sur un bien», elle l'emploie dans son sens large afin de viser le cas où la compagnie se trouve dans une position qui lui permet d'exercer en dernier ressort les droits de propriété sur un bien du défunt. Il serait superflu d'employer à cette fin des termes additionnels comme «directement ou indirectement» ou «est contrôlé par». L'expression «acquiert un droit à titre bénéficiaire» est suffisamment large pour viser les situations où le bien est enregistré à un autre nom ou est détenu en fiducie ou placé de façon à ce que la compagnie puisse légalement recouvrer le bien à son profit.

Le jugement du juge Hart a été confirmé en appel. Le juge en chef MacKeagan, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *MacKeen* (précitée) et en l'espèce, a dit dans ses motifs dans ce premier arrêt:

[TRADUCTION] Je conviens que «avoir droit» à un bien signifie être en mesure de le «recouvrer légalement» c'est-à-dire, dans le contexte, d'avoir le droit et le pouvoir, par des moyens légaux, de jouir pleinement du bien. Le terme «bénéficiaire» indique que la personne ayant droit à la jouissance du bien peut ne pas y avoir droit en pleine propriété.

Au sens moderne de l'expression, une personne a «droit à titre bénéficiaire» à un bien si elle en est le propriétaire réel ou bénéficiaire, même si une autre personne en est le propriétaire nominal. Le propriétaire nominal du bien, qu'il s'agisse de biens immeubles, de droits incorporels ou d'autres biens meubles, en détient le titre légal. Le propriétaire réel, la personne ayant un «droit à titre bénéficiaire», peut exiger du propriétaire nominal qu'il le laisse utiliser le bien, lui en remette la possession ou le revenu, ou le laisse en profiter et en jouir de quelque autre façon. Il peut habituellement exiger du propriétaire nominal qu'il convertisse le bien en un autre ou en transfère le titre à un autre propriétaire nominal. Il peut surtout, à moins que les termes d'une fiducie particulière ne l'en empêchent, demander au propriétaire nominal de lui transférer le bien et son titre juridique, en tant que propriétaire réel. S'il le fait, il acquiert le bien en pleine propriété et cesse de n'avoir seulement qu'un droit à titre bénéficiaire.

Les appelants prétendent qu'il faut donner à l'expression «droit à titre bénéficiaire» le sens que lui ont donné les cours d'*equity*, savoir, que le

courts of equity, that the word "entitled" requires the existence of a right enforceable by a court of law or equity and "beneficially" is used to distinguish an equitable right or interest from a legal right or interest. It is said that the parent company had no legal or equitable right to the residue of the estate enforceable against the executors of the estate and that the Court is not entitled to ignore the separate corporate existence of the subsidiary company.

The appellants rely upon the judgment of Wynn-Parry J. in *In re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney-General*[3]. The question in that case was as to the liability of three daughters of the deceased, Thomas William Noad, for payment of succession duties. The deceased had been in partnership with two other partners. On his retirement from the partnership and its dissolution, it was agreed that the other two partners, after Noad's death, would pay to his three daughters lifetime annuities. No trust in favour of the daughters was created.

It was held that the daughters were not liable to pay succession duties. They were not parties to the agreement made by Noad with his partners and the agreement did not confer any rights upon them enforceable at law or in equity. They were not, by virtue of the agreement, "beneficially entitled" to any property within the meaning of s. 2 of the *Succession Duty Act, 1853.*

Wynn-Parry J., at pp. 624-25, said:

It is clear that the annuities are property under s. 2, since they represent money payable under the engagement, namely, the deed. The material question, as it seems to me, is whether the plaintiffs became "beneficially entitled" to such property on the death of Mr. Noad. Nothing turns, to my mind, on the word "beneficially." If they became "entitled" to the annuities, they became entitled to them beneficially. The crucial question, therefore, is, did they become "entitled" to the annuities on Mr. Noad's death? The word "entitled," as used in this section, appears to me necessarily to carry the implication that for a person to be entitled to property under this section it must be capable of being

[3] [1947] 1 Ch. 615.

terme «droit» exige qu'il existe un droit qui puisse être sanctionné par un tribunal de *common law* ou d'*equity*, et que l'expression «titre bénéficiaire» est employée pour distinguer un droit ou un intérêt en *equity* d'un droit ou un intérêt en droit. La compagnie mère, dit-on, n'avait aucun droit au résidu de la succession, en *equity* ou en droit, qu'elle pourrait faire sanctionner contre les exécuteurs de la succession et la Cour n'a pas le droit de méconnaître le fait que la filiale constitue une compagnie distincte.

Les appelants se fondent sur l'opinion du juge Wynn-Parry dans *In re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney-General*[3]. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les trois filles du défunt, Thomas William Noad, étaient assujetties au paiement de droits successoraux. Le défunt avait deux associés. Lorsqu'il s'est retiré de la société et que celle-ci a été dissoute, il a été convenu que les deux autres associés, après le décès de Noad, verseraient à ses trois filles des rentes viagères. On n'a pas établi de fiducie au profit des filles.

On a décidé que les filles n'étaient pas assujetties au paiement de droits successoraux. Elles n'étaient pas parties à l'entente conclue entre Noad et ses associés et celle-ci ne leur conférait aucun droit exécutoire en *common law* ou en *equity*. L'entente ne leur donnait aucun droit «à titre bénéficiaire» au sens de l'art. 2 de la *Succession Duty Act, 1853.*

Voici ce que dit le juge Wynn-Parry aux pp. 624 et 625:

[TRADUCTION] Il est clair que les rentes sont des biens au sens de l'art. 2, vu qu'elles constituent de l'argent payable aux termes de l'entente, savoir, le contrat. La question pertinente, à mon sens, est celle de savoir si les demanderesses ont acquis un «droit à titre bénéficiaire» sur ces biens au décès de M. Noad. Le terme «bénéficiaire» n'a pas, selon moi, d'incidence. Si elles ont acquis un «droit» aux rentes, elles ont acquis le droit à titre bénéficiaire. La question cruciale, par conséquent, est celle de savoir si elles ont acquis un «droit» aux rentes au décès de M. Noad. A mon avis, l'emploi du terme «droit» dans cet article emporte nécessairement que, pour qu'une personne ait droit à un bien en vertu de

[3] [1947] 1 Ch. 615.

postulated of him that he has a right to sue for and recover such property.

This statement was relied upon by the taxpayers in this Court in *Montreal Trust Company and Others v. Minister of National Revenue*[4]. Succession duties were claimed in the following circumstances. A testator set up, out of the residue of his estate, a "Charities Fund" to be divided equally between two charitable institutions. This gift was exempt from succession duties. There were dutiable gifts to other beneficiaries. The gifts to the two institutions were made "absolutely conditional" upon payment by them, equally, of all duties payable on the estate. If they failed to pay such duties, the gifts to them were to lapse and the Charities Fund would be used by the trustees to pay the duties.

The question in issue was as to whether the beneficiaries whose succession duties were directed to be paid by the two institutions were subject to succession duties in respect of the amount of the duties to be paid on their behalf, *i.e.*, whether the benefit to the legatees of the tax exoneration was itself a succession.

Section 2(*m*) of the *Dominion Succession Duty Act* defined "succession" in the following manner:

> 2(*m*) . . . every past or future disposition of property, by reason whereof any person has or shall become beneficially entitled to any property . . . upon the death of any deceased person, . . . either certainly or contingently, . . .

Rand J., with reference to the statement of Wynn-Parry J., said at p. 149:

> Mr. Marler for the appellants urged as the test to determine whether a successor had become "beneficially entitled to any property" that formulated by Wynn-Parry J. in *In Re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney-General*. The test was, that it must be "postulated of him [the successor] that he has a right to sue for and recover such property". If the word "recover" extends to the application of money to one's benefit, and "sue for" to an ultimate and alternative resort as the effective cause of payment, I am disposed to accept it.

[4] [1958] S.C.R. 146.

cet article, il faut qu'elle ait le droit de poursuivre en justice le recouvrement de ce bien.

Dans l'affaire *Montreal Trust Company et autres c. Le ministre du Revenu national*[4], les contribuables devant cette Cour se sont fondés sur cet énoncé. Des droits successoraux étaient réclamés dans les circonstances suivantes. Un testateur a établi, à même le résidu de sa succession, un «Fonds de charité» à partager également entre deux institutions de charité. Ce legs était exempt de droits successoraux. Il y avait des legs imposables à d'autres bénéficiaires. Les legs aux deux institutions étaient «absolument conditionnels» au paiement, par celles-ci, en parts égales, de tous les droits payables sur la succession. A défaut de ce faire, les legs qui leur étaient faits étaient révoqués et les exécuteurs devaient utiliser le Fonds de charité pour acquitter les droits.

La question en litige était celle de savoir si les bénéficiaires au profit desquels les deux institutions charitables devaient acquitter les droits successoraux étaient assujettis au paiement de droits sur le montant des droits acquittés à leur profit, c'est-à-dire, si l'exemption de droits profitant aux légataires constituait elle-même une succession.

L'alinéa 2*m*) de la *Loi fédérale sur les droits successoraux* définissait «succession» en ces termes:

> 2*m*) . . . toute disposition de biens passée ou future, en raison de laquelle une personne a ou aura droit à la jouissance bénéficiaire de quelques biens . . . à l'occasion du décès d'un *de cujus* . . . d'une manière certaine ou éventuelle, . . .

A propos de l'énoncé du juge Wynn-Parry, le juge Rand a dit à la p. 149:

> [TRADUCTION] Au nom des appelants, Me Marler a soutenu que le critère devant déterminer si un héritier a acquis le «droit à titre bénéficiaire d'un bien» est celui formulé par le juge Wynn-Parry dans *In Re Miller's Agreement; Uniacke v. Attorney-General*. Le critère était le suivant: on devait «établir qu'il [l'héritier] a le droit de poursuivre en justice le recouvrement de ce bien». Si le terme «recouvrement» s'étend à l'utilisation d'argent au profit de quelqu'un, et «poursuivre en justice» à un recours subsidiaire en dernier ressort comme moyen efficace de paiement, je suis disposé à accepter ce critère.

[4] [1958] R.C.S. 146.

Locke J. said, at p. 147:

In my opinion, the legacies in question each included the amounts designed and, in addition, the right to have either the corpus of the Charities Fund or the moneys paid by the charities, pursuant to their respective agreements, if they elected to accept the legacy to them upon the terms of the will, applied in payment of the duties. As matters stand, the covenants of the charities to pay the duties are enforceable against them by the trustees. It is true that the legatees have no remedy directly against the charities, but they may each require the trustees under the will to enforce compliance with these covenants and, failing such compliance, to pay the succession and other duties out of the corpus of the Charities Fund, as directed by the will.

In the result, it was held that the duties were payable. The feature of this case which is relevant to the present appeal is that the beneficiaries had no enforceable rights as against the charitable institutions but they had an effective means to compel payment by seeking the intervention, on their behalf, of the trustees.

Another case cited by the appellants in support of their position is *Re Chodikoff*[5]. This case dealt with the application of the Ontario *Succession Duty Act*, R.S.O. 1960, c. 386. The question in issue was as to the proper rate of tax to be applied in respect of dispositions made by the deceased during his lifetime. The Minister contended that the dispositions were made to a "stranger". The executors of the estate contended that the dispositions were for the benefit of the wife and children of the deceased and, accordingly, were taxable at a lower rate.

The deceased controlled two companies, one a realty company, the other, Bemar Investments Limited, at no time actively engaged in any business. Bemar had two classes of shares, Class A owned by trustees for the benefit of the wife and children of the deceased, and Class B owned by the deceased. The deceased transferred shares owned by him in the realty company to Bemar. He also caused Bemar to subscribe for shares in the

[5] [1971] 1 O.R. 321.

Le juge Locke a dit, à la p. 147:

[TRADUCTION] A mon avis, les legs en cause incluaient chacun les montants spécifiés et, de plus, le droit d'obtenir que les droits soient acquittés à même le capital du Fonds de charité ou les sommes versées aux institutions de charité au titre de leurs ententes respectives, si elles décidaient d'accepter les legs qui leur étaient faits aux conditions du testament. Dans les faits, les fiduciaires peuvent obtenir l'exécution des engagements des institutions de charité d'acquitter les droits. Il est exact que les légataires n'ont pas de recours direct contre les institutions de charité, mais chacun d'eux peut exiger des fiduciaires désignés par le testament qu'ils obtiennent l'exécution de ces engagements, et à défaut, qu'ils acquittent les droits successoraux et autres à même le capital du Fonds de charité conformément au testament.

On a conclu que les droits devaient être acquittés. L'élément de cette affaire pertinent à ce pourvoi est que sans avoir de droits dont ils pouvaient obtenir la sanction contre les institutions de charité, les bénéficiaires avaient un moyen efficace d'exiger le paiement en réclamant l'intervention des fiduciaires en leur nom.

Les appelants ont également cité l'arrêt *Re Chodikoff*[5] à l'appui de leur position. Cette affaire porte sur l'application de la *Succession Duty Act* de l'Ontario, R.S.O. 1960, chap. 386. La question en litige était celle de savoir quel était le taux d'imposition applicable à l'égard des dispositions faites par le défunt de son vivant. Le Ministre prétendait que les dispositions avaient été faites à un «étranger». Les exécuteurs de la succession prétendaient que les dispositions avaient été faites au profit de l'épouse et des enfants du défunt et, par conséquent, étaient imposables à un taux moins élevé.

Le défunt contrôlait deux compagnies, l'une une société immobilière, l'autre, Bemar Investments Limited, qui n'avaient jamais fait affaire activement. Bemar avait deux catégories d'actions, celles de catégorie A détenues en fiducie au profit de l'épouse et des enfants du défunt, et celles de catégorie B propriété du défunt. Le défunt a transféré à Bemar les actions dont il était propriétaire dans la société immobilière. Il a également fait

[5] [1971] 1 O.R 321.

realty company, and the realty company to issue them to Bemar. In each case the price was less than the real value. It was conceded that both transactions constituted "dispositions" under the Act.

Arnup J.A., delivering the judgment of the Court of Appeal, dealt with the contention of the executors as follows, at pp. 329-30:

> Counsel for the respondent, on the other hand, again relies on the definition of s. 1(*f*)(ii):
>
> (ii) any means whereby any person is benefited, directly or indirectly, by any act of the deceased . . .
>
> He says that the only persons who benefited by the transaction were the wife and children of the deceased, as the beneficiaries of the Marvin Chodikoff Number One Trust, that the "corporate veil" should be cut through or lifted by the Court, and the transaction should be regarded as in substance and in reality one by which the deceased benefited his wife and children. This submission makes it necessary to examine exactly what the legal position of those "beneficiaries" was at the time of the transaction. The trustees then held all of the issued Class A shares of Bemar; as previously pointed out, Class A shareholders were entitled ratably to the property of Bemar on its winding up, subject to prior payment of the principal and interest owing to Class B shareholders. Undoubtedly, the effect of the transaction was to increase the assets of Bemar, but the making of the disposition did not in itself, it seems to me, "benefit" the beneficiaries under the trust. Whether in the long run they would be better off by reason of the disposition depended on a number of factors which might occur in the future, including the winding up of Bemar, and the ownership by Bemar at that time of sufficient assets to pay off the Class B shareholders and have a surplus distributable to Class A shareholders.
>
> Putting it in another way, on the date of the disposition the wife and children of the deceased were the *cestuis que trustent* of a trust, which owned some of the shares in Bemar. No property interest accrued to the trust, either at law or in equity, by reason of the disposition. The only effect was that in certain events an asset which it already held might become more valuable.
>
> It is unnecessary to consider if this judgment is well founded. The facts in the present case are

souscrire à Bemar des actions de la société immobilière qui les a émises à Bemar. Dans chaque cas, le prix était inférieur à la valeur véritable. On a reconnu que les deux opérations constituaient des «dispositions» au sens de la Loi.

Le juge Arnup, qui a rendu l'arrêt de la Cour d'appel, a disposé de la prétention des exécuteurs en ces termes, aux pp. 329 et 330:

> [TRADUCTION] L'avocat de l'intimé, d'autre part, se fonde de nouveau sur la définition que l'on trouve à l'al. 1*f*)(ii):
>
> (ii) toutes les façons dont une personne tire un avantage, directement ou indirectement, d'un acte du défunt . . .
>
> Il dit que les seules personnes qui ont tiré un avantage de cette opération étaient l'épouse et les enfants du défunt, à titre de bénéficiaires de la Fiducie Marvin Chodikoff Numéro Un, que la Cour devrait écarter ou soulever le «voile de la compagnie» et qu'il faut considérer l'opération au fond et dans les faits comme une opération par laquelle le défunt a avantagé son épouse et ses enfants. Cette prétention rend nécessaire l'examen de la situation juridique précise de ces «bénéficiaires» à l'époque de l'opération. A ce moment, les fiduciaires détenaient toutes les actions émises de catégorie A de Bemar; comme on l'a déjà souligné, les actionnaires de catégorie A avaient un droit proportionnel aux biens de Bemar à sa liquidation, sous réserve du paiement en priorité du capital et des intérêts dus aux actionnaires de catégorie B. Il ne fait aucun doute que l'opération a eu pour effet d'augmenter l'actif de Bemar mais, à mon avis, la disposition en soi n'a pas conféré un «avantage» aux bénéficiaires de la fiducie. La question de savoir si, à long terme, ils tireront un avantage de cette disposition dépend de plusieurs facteurs pouvant survenir dans le futur, y compris la liquidation de Bemar et la possession par Bemar à ce moment-là d'un actif suffisant pour régler les créances des actionnaires de catégorie B et avoir un surplus à distribuer aux actionnaires de catégorie A.
>
> En d'autres termes, à la date de la disposition, l'épouse et les enfants du défunt étaient les *cestuis que trustent* d'une fiducie qui détenait des actions de Bemar. La fiducie n'a acquis aucun droit de propriété, ni en droit ni en *equity*, du fait de la disposition. Ceci a eu pour seul effet que, dans des circonstances données, la valeur d'un bien qu'elle détenait déjà pouvait augmenter.
>
> Il n'est pas nécessaire d'examiner le bien-fondé de cette décision. Les faits de ce pourvoi sont

substantially different from those in *Chodikoff*. The subsidiary company to which the residue of the estate was bequeathed was wholly owned and controlled by the parent company. There were no other shareholders. The statutory provisions under consideration in *Chodikoff* were entirely different from those now under consideration.

The appellants also rely upon *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*[6]. This case involved a claim for exemption from payment of stamp duty in respect of a conveyance of land. The wholly-owned subsidiary of a parent company conveyed land to a company which was a wholly-owned subsidiary of another wholly-owned subsidiary of the parent company. An exemption from payment of stamp duty was permitted under subs. 42(2) of the *Finance Act, 1930*, which provided:

> 42(2) This section applies to any instrument as respects which it is shown to the satisfaction of the Commissioner of Inland Revenue (a) that the effect thereof is to convey or transfer a beneficial interest in property from one company with limited liability to another such company; and (b) that either—(i) one of the companies is beneficial owner of not less than ninety per cent of the issued share capital of the other company; or (ii) not less than ninety per cent of the issued share capital of each of the companies is in the beneficial ownership of a third company with limited liability.

Neither the transferor nor the transferee company had beneficial ownership of shares of the other company. The parent company wholly owned the transferor company, but the transferee company was not wholly owned by the parent company, but by a subsidiary of the parent company.

Pennycuick J. held that the exempting provision did not apply. He said, at p. 259:

> In order to escape from that position, counsel for the Securities company has to get through the company structure and establish that the exempting provision covers the position where one company has the entire interest, to use a neutral term, in another company,

[6] [1968] 1 All E.R. 257.

considérablement différents de ceux qui existaient dans l'affaire *Chodikoff*. La compagnie à laquelle le résidu de la succession est légué, est la filiale à part entière de la compagnie mère qui la contrôle totalement. Il n'y avait pas d'autres actionnaires. Les dispositions de la Loi à l'étude dans *Chodikoff* étaient nettement différentes de celles à l'étude en l'espèce.

Les appellants se fondent également sur l'arrêt *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*[6]. Cette affaire concerne une demande d'exemption du paiement d'un droit de timbre à l'égard du transfert d'un bien-fonds. La filiale à part entière d'une compagnie mère avait transféré un bien-fonds à une compagnie qui était la filiale à part entière d'une autre filiale à part entière de la compagnie mère. On a autorisé une exemption du paiement du droit de timbre en vertu du par. 42(2) de la *Finance Act, 1930*, qui disposait:

> [TRADUCTION] 42(2) Le présent paragraphe s'applique à toute opération à l'égard de laquelle il est établi à la satisfaction du ministre du Revenu a) qu'elle a pour effet de transférer un intérêt à titre bénéficiaire dans un bien d'une compagnie à responsabilité limitée à une autre compagnie de même nature; et b) que soit—(i) l'une des compagnies est propriétaire bénéficiaire d'au moins quatre-vingt-dix pour cent des actions du capital-actions émis de l'autre compagnie; ou (ii) qu'une troisième compagnie à responsabilité limitée est propriétaire bénéficiaire d'au moins quatre-vingt-dix pour cent des actions du capital-actions émis de chacune des compagnies.

Ni la compagnie cédante ni la compagnie cessionnaire n'était propriétaire bénéficiaire des actions de l'autre compagnie. La compagnie mère détenait la propriété à part entière de la compagnie cédante, mais pas celle de la compagnie cessionnaire qui appartenait à une filiale de la compagnie mère.

Le juge Pennycuick a décidé que l'exemption ne s'appliquait pas. Il a dit à la p. 259:

> [TRADUCTION] Pour sortir de cette situation, l'avocat de Securities doit aller au-delà de la structure de la compagnie et établir que la disposition d'exemption vise le cas où une compagnie détient l'entier contrôle, pour utiliser un terme neutre, d'une autre compagnie, par le

[6] [1968] 1 All E. R. 257.

through the medium of a subsidiary of the first company of which the second company is in itself in turn a subsidiary. That is a position which it seems to me is not covered by the wording of s. 42.

At p. 260, he said:

... According to the legal meaning of the words, a company is not the beneficial owner of the assets of its own subsidiary. The legal meaning of the words takes account of the company structure and the fact that each company is a separate legal person.

It should be noted that that case was concerned with the meaning of the words "beneficial owner" and not with the words "beneficially entitled" and I agree with Hart J. that there is a distinction. Further, Pennycuick J. was careful to distinguish the ownership of the shares as contrasted with a controlling interest in the company.

The judgment of the Court of Appeal in *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*[7], is, in my opinion, much more relevant to the circumstances of this appeal. It dealt with a deduction claimed in computing income for income tax purposes. The taxpayer, which carried on business in London, leased its business premises under a 99-year lease, of which 88 years were unexpired. The annual rent was £23,444. Under an arrangement made with the freehold owner, the freehold title to the land was acquired by a wholly-owned subsidiary of the taxpayer, Fork Manufacturing Co., Ltd. Fork leased the premises to the former owner for 22 years and 10 days at a rent of £6 per year. The former owner then subleased the premises to the taxpayer for 22 years at an annual rent of £42,450. The taxpayer claimed that amount as a deduction for income tax purposes. The Inland Revenue Commissioners disallowed the difference between £42,450 and the rent of £23,444 previously being paid.

The claim of the taxpayer was that Fork was a separate and independent entity and must be treated in the same way as if its shares were held by someone other than the taxpayer. The freehold title would be acquired by Fork and the taxpayer, as a result of the transaction, would acquire no capital asset at all.

[7] [1969] 3 All E.R. 855.

biais d'une filiale de la première compagnie dont la seconde compagnie est elle-même une filiale. C'est là un cas qu'à mon avis, les termes de l'art. 42 ne visent pas.

A la p. 260, il a dit:

[TRADUCTION] ... Selon le sens juridique des mots, une compagnie n'est pas propriétaire bénéficiaire de l'actif de sa propre filiale. Le sens juridique des mots tient compte de la structure de la compagnie et du fait que chaque compagnie est une personne distincte en droit.

Il faut noter que cette affaire concernait le sens de l'expression «propriétaire bénéficiaire» et non de l'expression «droit à titre bénéficiaire» et, comme le juge Hart, j'estime qu'il y a une distinction. De plus, le juge Pennycuick a pris soin de distinguer la propriété des actions d'un droit de contrôle de la compagnie.

L'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*[7] est, à mon avis, beaucoup plus pertinent aux circonstances de ce pourvoi. Il porte sur une déduction réclamée dans le calcul du revenu aux fins de l'impôt sur le revenu. Le contribuable, qui faisait affaire à Londres, était locataire de ses locaux en vertu d'un bail de 99 ans, dont 88 étaient écoulés. Le loyer annuel était de £23,444. Par entente avec le propriétaire, le titre de propriété du terrain a été acquis par une filiale à part entière du contribuable, Fork Manufacturing Co., Ltd. Fork a loué les locaux à l'ancien propriétaire pour 22 ans et 10 jours à un loyer de £6 par année. L'ancien propriétaire a alors sous-loué les lieux au contribuable pour 22 ans à un loyer annuel de £42,450. Le contribuable réclame ce montant à titre de déduction aux fins de l'impôt sur le revenu. Le ministre du Revenu n'a pas autorisé la déduction de la différence entre les £42,450 et le loyer de £23,444 versé auparavant.

Le contribuable prétend que Fork constituait une entité distincte et indépendante qui devait être traitée de la même façon que si quelqu'un d'autre que le contribuable avait détenu ses actions. Fork aurait acquis la propriété et le contribuable, à la suite de l'opération, n'aurait acquis aucun bien en immobilisation.

[7] [1969] 3 All E.R. 855.

This submission was dealt with by Lord Denning M.R., at p. 860, as follows:

I cannot accept this argument. I decline to treat the Fork company as a separate and independent entity. The doctrine laid down in *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33) has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often do draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind. The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts should follow suit. I think that we should look at the Fork company and see it as it really is—the wholly-owned subsidiary of the taxpayers. It is the creature, the puppet, of the taxpayers in point of *fact*; and it should be so regarded in point of *law*. The basic fact here is that the taxpayers, through their wholly-owned subsidiary, have acquired a capital asset—the freehold of Jubilee House; and they have acquired it by paying an extra £19,006 a year. So regarded, the case is indistinguishable from the *Land Securities* case ([1969] 2 All E.R. 430; [1969] 1 W.L.R. 604). The taxpayers are not entitled to deduct this extra £19,006 in computing their profits.

Karminski L.J., after referring to the submission of counsel for the taxpayer that the taxpayer and Fork were two separate entities in law, went on to say, at p. 862:

... There is no doubt as to the correctness of that submission, based as it is on the rule in *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33) of many years standing. But it is necessary here, as I think, to look at what I believe to be the realities of this situation. The taxpayers are, as we have heard, a large and important trading company. The Fork company is shown by its balance sheet, which we have seen, to be not only a separate entity, but one which is a creation of, or at any rate, completely dependent on the taxpayers. I say that for this reason: we have the balance sheets for a number of years, beginning with the year ending December 1959, and finishing with the balance sheet for the year ending December 1962. The authorised capital of the Fork company was 20,000 shares of £1 each. The issued capital was more modest, being two shares of £1 each fully paid. Otherwise the only assets, apart from that modest paid-up capital, was freehold land and buildings

Le maître des rôles, lord Denning, a disposé de cet argument en ces termes, à la p. 860:

[TRADUCTION] Je ne peux accepter cet argument. Je refuse de considérer la compagnie Fork comme une entité distincte et indépendante. Il faut prendre garde au principe formulé dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E.R. Rep. 33). On a souvent cru qu'il avait pour effet d'entourer une compagnie à responsabilité limitée d'un voile impénétrable par les tribunaux. Ce n'est pas le cas. Les tribunaux peuvent soulever le voile et le font souvent. Ils peuvent retirer le masque et le font souvent. Ils cherchent ce qui se trouve en réalité dessous. Le législateur a donné l'exemple avec la comptabilité de groupe et le reste. Les tribunaux devraient faire de même. Je suis d'avis que nous devons regarder la compagnie Fork et voir ce qu'elle est en réalité—la filiale à part entière du contribuable. Elle est la création, la marionnette, du contribuable dans les *faits* et devrait être considérée comme telle en *droit*. Fondamentalement, le contribuable, par l'intermédiaire de sa filiale à part entière, a acquis un bien en immobilisation—la propriété de Jubilee House; et il l'a acquise en payant £19,006 de plus par année. Vu sous cet angle, on ne peut établir de distinction entre cette affaire et l'arrêt *Land Securities* ([1969] 2 All E.R. 430, [1969] 1 W.L.R. 604). Les contribuables n'ont pas le droit de déduire ces £19,006 additionnelles dans le calcul de leurs profits.

Après s'être reporté à l'argument de l'avocat du contribuable voulant que celui-ci et Fork constituent deux entités distinctes en droit, le lord juge Karminski a poursuivi en ces termes à la p. 862:

[TRADUCTION] ... L'exactitude de cette prétention est indubitable compte tenu de la règle formulée il y a longtemps dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co., Ltd.* ([1897] A.C. 22; [1895-99] All E. R. Rep. 33). Mais il faut examiner en l'espèce ce que je crois être la véritable situation. Le contribuable est, nous a-t-on dit, une importante compagnie commerciale. La compagnie Fork, comme l'indique le bilan qu'on nous a soumis, est non seulement une entité distincte, mais aussi la création du contribuable ou du moins dépend complètement de celui-ci. Voici à mon avis pourquoi: on nous a soumis les bilans de plusieurs années, à partir de l'année se terminant en décembre 1959 jusqu'à celle se terminant en décembre 1962. Le capital autorisé de la compagnie Fork était de 20,000 actions de £1 chacune. Le capital émis était plus modeste, savoir, deux actions entièrement acquittées de £1 chacune. Les seuls autres biens, à part de ce modeste capital acquitté, était un terrain et des bâtiments évalués par les administrateurs à £20,000 en

valued by the directors in 1959 at £20,000. By the time of the December 1962 balance sheet that valuation had gone up, no doubt perfectly rightly, to £86,202; but the rest of the balance sheet remained remarkably unchanged. It is true that the cash in hand in 1958 was £2; but so it was in 1962. But meanwhile the cash at the bank had increased from nothing to £13 7s. Those figures, not perhaps very illuminating in themselves, have at any rate convinced me that the only object of the Fork company in 1958 was to hold this very valuable property, which Lord Denning, M.R., has described in detail, for the taxpayers. It is necessary I think to ask myself, after that examination of the details, who really benefited from getting hold of the freehold. To that in my view there can be only one answer, i.e., the taxpayers, and not the Fork company.

Another instance of the so-called lifting of the corporate veil is to be found in another judgment of the Court of Appeal in *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council*[8], in which Lord Denning, at p. 860, speaking of the wholly-owned subsidiaries in that case and of the parent company said: "These subsidiaries are bound hand and foot to the parent company and must do just what the parent company says". Goff L.J., at p. 861, referred to the fact that, in that case, "the two subsidiaries were both wholly owned, further they had no separate business operations whatsoever".

I do not think that in order to support the judgments below it is really necessary to "lift the corporate veil". Subsection 2(5) comes into operation not only when a corporation "acquires" property of the deceased but also when it "becomes beneficially entitled" thereto. This last expression, coming as it does after the word "acquires", clearly contemplates that the property has gone to another person for the benefit of the corporation. It would undoubtedly cover the case of property bequeathed to a trustee for the benefit of the corporation. It cannot be denied that in this situation the corporation would become "beneficially entitled" to the property. However the statute does not restrict the application of the provision to such a case. In my view, the corporation is no less "beneficially entitled" when the property is held

[8] [1976] 1 W.L.R. 852.

1959. Dans le bilan de 1962, leur évaluation était passée, sans aucun doute à bon droit, à £86,202; mais le reste du bilan n'a aucunement changé. Il est vrai que l'argent en caisse en 1958 était de £2; mais c'était également le cas en 1962. Entre temps, l'argent en banque était passé de rien à £13 7s. Ces chiffres, en soi peu révélateurs, m'ont en tout cas persuadé que le seul objet de la compagnie Fork en 1958 était de détenir au nom du contribuable ce précieux terrain, que le maître des rôles, lord Denning, a décrit en détail. Je suis d'avis qu'il me faut me demander, après avoir examiné les détails, qui a en réalité profité de l'acquisition du terrain. A cette question, à mon avis, il ne peut y avoir qu'une seule réponse, savoir, le contribuable, et non la compagnie Fork.

Un autre exemple d'un cas où l'on a soulevé le voile de la compagnie est l'arrêt de la Cour d'appel dans *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council*[8], où, à propos des filiales à part entière et de leur compagnie mère en cause dans cette affaire, lord Denning a dit à la p. 860: [TRADUCTION] «Ces filiales sont à la merci de la compagnie mère et doivent lui obéir au doigt et à l'œil». Le lord juge Goff, à la p. 861, a fait mention du fait que, dans cette affaire, [TRADUCTION] «les filiales étaient toutes les deux propriété à part entière, et de plus n'avaient aucune opération commerciale distincte de quelque nature que ce soit».

Je ne crois pas qu'il soit vraiment nécessaire de «lever le voile de la compagnie» pour appuyer les décisions d'instance inférieure. Le paragraphe 2(5) entre en jeu non seulement lorsqu'une compagnie «acquiert» un bien du défunt, mais aussi lorsqu'elle acquiert un «droit à titre bénéficiaire». Cette expression, qui suit le terme «acquiert», implique clairement que le bien a été transmis à une autre personne au profit de la compagnie. Elle engloberait sans aucun doute le cas où un bien est légué à un fiduciaire au profit de la compagnie. On ne peut nier que dans ce cas la compagnie acquerrait un «droit à titre bénéficiaire». La Loi ne restreint cependant pas le champ d'application de cette disposition à ce seul cas. A mon avis, la compagnie a tout autant un «droit à titre bénéficiaire» lorsque le bien est détenu par sa filiale à

[8] [1976] 1 W.L.R. 852.

by its wholly-owned subsidiary as when it is held in trust for it. Its legal entitlement is even more immediate as it does not have to call upon a third party to perform its obligation as trustee. It only has to exercise its rights as sole shareholder of its subsidiary. Nothing in the context of subs. 2(5) justifies giving a restricted meaning to the expression "beneficially entitled" which ought to be read according to the meaning of the words in ordinary language. I cannot find that it has acquired a technical meaning to which it must be restricted in this statute.

In my opinion, in considering the application of subs. 2(5) to the unusual facts of this case, this Court should not feel itself rigidly bound, in interpreting the words "beneficially entitled" by rules of equity evolved in the courts of chancery in connection with trusts. This approach was manifested by this Court in *Minister of Revenue for the Province of Ontario v. McCreath et al.*[9]

During her lifetime, Mrs. McCreath established a trust in respect of certain property. The trust provided that, during her lifetime, the trustee was required to pay or apply the whole net income from the trust fund to or for the benefit of Mrs. McCreath and her children, or, in its discretion, to any one or more of the group. On her death, the trustee was to dispose of the fund among her issue or such of them as she might by will direct. In default of such direction, there was to be an equal division.

The taxing statute in question was drafted so as to catch all forms of transactions which had the result of transferring property on death. Therefore, "property passing on the death of a deceased" was broadly defined and was deemed to include, according to s. 1(*p*)(viii):

any property passing under any past or future settlement, including any trust, whether expressed in writing or otherwise and if contained in a deed or other instrument effecting the settlement, whether such deed or other instrument was made for valuable consideration or not, as between the settlor and any other person, made by deed or other instrument not taking effect as a will,

[9] [1977] 1 S.C.R. 2.

part entière que lorsqu'il est détenu en fiducie pour elle. Son droit est d'ailleurs plus direct en ce sens qu'elle n'a pas à demander à un tiers de remplir son devoir de fiduciaire. Elle n'a qu'à exercer ses droits à titre de seul actionnaire de sa filiale. Rien dans le contexte du par. 2(5) ne justifie que l'on donne un sens restreint à l'expression «droit à titre bénéficiaire» qu'il faut interpréter selon la langue courante. Je ne peux conclure qu'elle a acquis un sens technique auquel il faudrait la restreindre dans cette loi.

A mon avis, dans l'examen de l'application du par. 2(5) aux faits inhabituels de ce pourvoi, cette Cour ne doit pas se considérer comme strictement liée, dans l'interprétation de l'expression «droit à titre bénéficiaire», par les règles d'*equity* qu'ont élaborées les cours de *chancery* en matière de fiducie. C'est l'attitude qu'a adoptée cette Cour dans l'arrêt *Ministre du Revenu de la Province de l'Ontario c. McCreath et autres.*[9]

De son vivant, Mme McCreath avait constitué une fiducie pour certains biens. Les termes de la fiducie prévoyaient que, de son vivant, la fiduciaire devait verser les revenus nets du fonds de fiducie à Mme McCreath et à ses enfants, ou à leur profit, ou, à la discrétion de ladite fiduciaire, à l'un ou plusieurs d'entre eux. A la mort de Mme McCreath, la fiduciaire devait disposer du fonds en faveur des enfants de Mme McCreath ou de ceux d'entre eux qu'elle aurait désignés par testament. En l'absence de dernières volontés, il devait y avoir distribution en parts égales.

La loi fiscale en cause était rédigée de manière à viser toutes les opérations ayant pour résultat de transmettre un bien au décès. Par conséquent, l'expression «biens transmis au décès d'un défunt» à été définie d'une manière large et était réputée comprendre, selon l'al. 1*p*)(viii):

[TRADUCTION] les biens transmis en vertu d'une constitution passée ou future, y compris une fiducie, exprimée par écrit ou autrement, et, si elle est contenue dans un acte ou autre instrument effectuant la constitution, que cet acte ou autre instrument constate un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit entre le constituant et toute autre personne, faite par acte ou autre instrument ne

[9] [1977] 1 R.C.S. 2.

whereby an interest in such property or the proceeds of sale thereof for life, or any other period determinable by reference to death, is reserved either expressly or by implication to the settlor, or whereby the settlor may have reserved to himself the right by the exercise of any power to restore to himself, or to reclaim the absolute interest in such property, or the proceeds of sale thereof, or to otherwise resettle the same or any part thereof, . . .

The question was as to whether, under the trust, Mrs. McCreath had reserved to herself "an interest" in the property expressly or by implication. It was contended on behalf of the respondents that no interest had been reserved. The distribution of the annual income as among Mrs. McCreath and her children was entirely at the discretion of the trustee among one or more of the group. Mrs. McCreath had no enforceable right to obtain any part of the income.

This submission was rejected in the judgment of the majority of the Court (the other member of the Court reached the same result on other grounds). The reasons for the rejection were stated at p. 15 as follows:

I conclude that Mrs. McCreath retained an interest in the settled property for purposes of s. 1(*p*)(viii) by making herself one of the possible objects of the discretionary trust. The primary objects of the donor's bounty are "the Settlor and her issue from time to time alive", and, in fact, the settlor did receive income pursuant to para. 1(*a*). Mrs. McCreath could apply to the Court to require the trustee to respect the terms of the trust if it refused to exercise its discretion. The fact that a discretionary object may have no interest in property law terms because she has no "right" to a definable amount of income is irrelevant. I do not believe that the niceties and arcana of ancient property law should be fastened upon with mechanical rigidity to determine the effect of a modern taxation statute whose purpose is plain.

In my opinion, the parent company, in the circumstances of this case, did have beneficial entitlement to the residue of the estate within the meaning of subs. 2(5). The fact that it was not made a beneficiary under the will does not preclude this finding in view of the fact that it had complete and absolute control of the named beneficiary, the subsidiary company, and had the legal capacity to compel that company to turn over to it the share of

pouvant pas valoir comme testament, par lequel le constituant retient, expressément ou implicitement, de son vivant, ou pour une autre période calculable par rapport à la date de son décès, un droit sur ces biens ou le produit de leur vente, ou par lequel le constituant peut s'être réservé le droit de retour de ces biens, d'en reprendre la propriété ou le produit de leur vente ou d'en disposer autrement, en tout ou en partie, . . .

Il s'agissait de savoir si, en vertu de la fiducie, Mme McCreath s'était réservée un «droit» sur les biens, soit expressément soit implicitement. Les intimés ont soutenu qu'elle ne s'était réservée aucun droit. La répartition du revenu annuel entre Mme McCreath et ses enfants se faisait à l'entière discrétion du fiduciaire entre l'un ou plusieurs d'entre eux. Mme McCreath n'avait aucun droit exécutoire pour obtenir une partie de ce revenu.

La Cour à la majorité a rejeté cet argument (l'autre membre de la Cour est venu à la même conclusion pour d'autres motifs). Les motifs du rejet sont énoncés à la p. 15 comme suit:

Je conclus que Mme McCreath a conservé aux fins de l'al. *p*)(viii) de l'art. 1, un droit sur les biens dont elle a disposé en se désignant elle-même comme un des bénéficiaires éventuels de la fiducie discrétionnaire. Les premiers bénéficiaires de la libéralité de la donatrice sont [TRADUCTION] «la Constituante ... les descendants qu'elle pourra avoir». De fait, la constituante a perçu des revenus en vertu de l'al. *a*) du par. 1. Mme McCreath pouvait demander au tribunal d'ordonner à la fiduciaire de respecter les conditions de la fiducie si celle-ci refusait d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Que le bénéficiaire éventuel n'ait aucun droit aux termes du droit des biens parce qu'il n'a pas «droit» à un montant déterminable de revenus n'est pas pertinent. Je ne pense pas qu'il faille s'en tenir rigoureusement aux subtilités et aux arcanes de l'ancien droit des biens pour déterminer l'effet d'une loi fiscale moderne dont le but est évident.

A mon avis, dans les circonstances présentes, la compagnie mère a droit à titre bénéficiaire au résidu de la succession au sens du par. 2(5). Le fait qu'elle n'était pas désignée comme bénéficiaire dans le testament n'empêche pas de venir à cette conclusion vu qu'elle avait le contrôle total et absolu de la bénéficiaire désignée, la filiale, et qu'elle pouvait juridiquement la forcer à lui remettre la partie de la succession qui lui avait été

the estate bequeathed to it. This conclusion is fortified by the fact that it was the obvious purpose of the scheme adopted by the testator that the subsidiary company should turn over to the parent company the residue of the estate so that it could, in turn, divide the residue among its shareholders, *i.e.*, the twelve grandchildren of the deceased. His intention was manifested in the will as it was first drawn. The clear intention of the testator was to divide the residue of his estate among his grandchildren. The codicil, plus the scheme of corporate arrangement with the parent company owning all the shares of the subsidiary company, accomplished the same result, but involved the residue passing through the hands of two corporations before finally reaching the intended beneficiaries.

Both companies were incorporated on the same day in the same office by the same lawyers. Neither the parent company nor the subsidiary company engaged in any business activity between their dates of incorporation and the date of Mr. Jodrey's death. Neither of them had any creditors. Both of them had the same directors. Both had the same officers.

This is eminently a case in which the Court should examine the realities of the situation and conclude that the subsidiary company was bound hand and foot to the parent company and had to do whatever its parent said. It was a mere conduit pipe linking the parent company to the estate.

In the circumstances, it is my view that the parent company was beneficially entitled to the residue of the estate within the meaning of subs. 2(5). Although it is not a named beneficiary under the will, the corporate scheme evolved by the deceased has clothed it with total control over the named beneficiary, the subsidiary company, and has enabled it legally to compel the subsidiary company to turn over the residue of the estate to it. The reality of the situation is that the parent company is the beneficial owner of the residue of the estate and that this was not only known to the deceased when he executed the codicil to his will, but was intended by him. He knew that the codicil bequeathed the residue of his estate to a company which, under the arrangement evolved for him, was wholly owned by the parent company whose

léguée. Cette conclusion est renforcée par le fait que le plan adopté par le testateur a pour but évident que la filiale remette à la compagnie mère le résidu de la succession et qu'à son tour, celle-ci le répartisse entre ses actionnaires, c.-à-d., les douze petits-enfants du défunt. Son intention ressort de son premier testament. L'intention du testateur était de toute évidence de diviser le résidu de sa succession entre ses petits-enfants. Le codicille et la structure des compagnies par laquelle la compagnie mère détient toutes les actions de la filiale, ont eu le même résultat, mais en faisant passer le résidu entre les mains de deux compagnies avant qu'il n'atteigne les bénéficiaires voulus.

Les deux compagnies ont été constituées le même jour dans le même bureau par les mêmes avocats. Ni la compagnie mère ni la filiale n'ont fait affaire entre la date à laquelle elles ont été constituées et celle du décès de M. Jodrey. Ni l'une ni l'autre n'avaient de créanciers. Elles avaient toutes deux les mêmes dirigeants. Elles avaient les mêmes administrateurs.

Il s'agit là d'un cas typique où la Cour doit examiner la véritable situation et conclure que la filiale était à la merci de la compagnie mère et devait lui obéir au doigt et à l'œil. La filiale n'était qu'une courroie de transmission entre la compagnie mère et la succession.

Dans les circonstances, je suis d'avis que la compagnie mère avait droit à titre bénéficiaire au résidu de la succession au sens du par. 2(5). Bien qu'elle ne soit pas désignée comme bénéficiaire par le testament, la structure mise en place par le défunt lui a conféré le contrôle total de la bénéficiaire désignée, la filiale, et lui a permis de la forcer en droit à lui remettre le résidu de la succession. La véritable situation est que la compagnie mère est propriétaire bénéficiaire du résidu de la succession et que, non seulement le défunt le savait lorsqu'il a fait le codicille à son testament, mais c'est ce qu'il voulait. Il savait que, par le codicille, il léguait le résidu de sa succession à une compagnie qui, en vertu du plan qu'il avait mis au point, était détenue à part entière par la compagnie mère dont les actionnaires (ses petits-enfants)

shareholders, his grandchildren, were the intended recipients of his bounty. To use the words of Rand J. in the *Montreal Trust Company (supra)* case, the parent company, though having no right as a beneficiary of the will to sue the executors directly, had "an ultimate and alternative resort as the effective cause of payment".

This conclusion does not involve any conflict with the principle stated in cases such as *Macaura v. Northern Assurance Company, Limited and others*[10], 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 legal position to compel it to deal with its assets in the manner dictated by the parent company.

In my opinion, the appeal on the first issue fails.

Second Issue:

The appellants contend that subs. 2(5) of the Act is *ultra vires* of the Legislature of Nova Scotia. It is said that subs. 2(5) of the Act requires an application of the charging provisions of subs. 8(2) of the Act, which results in taxation that is not "within the Province" and is indirect and thus not within s. 92(2) of the *British North America Act*.

For purposes of convenience, s. 8 of the Act is repeated here:

8(1) Subject as hereafter otherwise provided, duty shall be paid on all property of a deceased that is situated, at the time of the death of the deceased, within the Province.

(2) Subject as hereafter otherwise provided, where property of a deceased was situated outside the Province at the time of the death of a deceased and the successor to any of the property of the deceased was a resident at the time of the death of the deceased, duty shall be paid by the successor in respect of that property to which he is the successor.

[10] [1925] A.C. 619.

devaient recevoir sa fortune. Pour employer les termes du juge Rand dans l'arrêt *Montreal Trust Company* (précité), la compagnie mère, quoique n'ayant aucun droit comme bénéficiaire en vertu du testament de poursuivre directement les exécuteurs, avait [TRADUCTION] «un recours subsidiaire en dernier ressort comme moyen efficace de paiement».

Cette conclusion ne vient pas en conflit avec le principe énoncé dans des arrêts comme *Macaura v. Northern Assurance Company, Limited and others*[10], 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 forcer juridiquement à disposer de ses biens comme elle le lui dicte.

A mon avis, le pourvoi doit échouer sur la première question.

La deuxième question

Les appelants soutiennent que le par. 2(5) de la Loi excède la compétence de la législature de la Nouvelle-Écosse. Ils disent que le par. 2(5) de la Loi exige que soient appliquées les dispositions d'assujettissement du par. 8(2) de la Loi, créant un impôt qui n'est pas «dans les limites de la province» et qui est indirect, et partant qui ne relève pas du par. 92(2) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Pour plus de commodité, voici de nouveau l'art. 8 de la Loi:

8(1) Sous réserve de ce qui suit, des droits successoraux doivent être payés sur tous les biens d'un défunt situés dans la province à son décès.

(2) Sous réserve de ce qui suit, lorsque les biens d'un défunt sont situés à l'extérieur de la province au moment de son décès et que l'héritier de l'un de ces biens réside dans la province à ce moment, ce dernier doit acquitter les droits successoraux en vertu de la présente loi sur les biens dont il hérite.

[10] [1925] A.C. 619.

It is submitted by the appellants that the proper categorization of the tax imposed by subs. 8(2) of the Act is that it is a succession duty and that the subject-matter of the tax is the transmission of property.

The appellants relied, in support of their contention, upon the judgment of the Court of Appeal of British Columbia in *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Company and Ellett*[11], which held that s. 6A of the *Succession Duty Act*, R.S.B.C. 1960, c. 372, as amended by 1972 (B.C.), c. 59, s. 14, was invalid.

Subsection (1) of s. 6A is substantially the same as subs. 8(2) of the Nova Scotia Act. Section 6A provides as follows:

6A. (1) Where property of a deceased was situated outside the Province at the time of the death of the deceased, and the beneficiary of any of the property of the deceased was a resident at the time of the death of the deceased, duty under this Act shall be paid by the beneficiary in respect of that property of which he is the beneficiary.

(2) The beneficiary of the property of the deceased referred to in subsection (1) shall, except as provided in section 5, pay the duty in respect of that property calculated on the dutiable value thereof at the rate prescribed in the Table of Rates in Schedule C, as ascertained according to the following method:

In a judgment of this Court, recently delivered, an appeal from the judgment of the British Columbia Court of Appeal was allowed and s. 6A was held to be *intra vires* of the Legislature of British Columbia. It was held that s. 6A "imposes an *in personam* tax on a resident beneficiary".

It must therefore be taken as settled law that subs. 8(2) of the Act is valid legislation and that the tax imposed by it is an *in personam* tax on a resident successor.

Subsection (5) of s. 2, coupled with subs. 8(2), merely imposes upon resident shareholder successors the same obligation imposed upon resident successors by subs. 8(2). They do not succeed to property of the deceased directly, but the property

[11] [1979] 2 W.W.R. 683, [1980] 2 S.C.R. 466.

Les appelants font valoir que la taxe imposée par le par. 8(2) de la Loi est en réalité un droit successoral et qu'elle vise la transmission de biens.

Les appelants se fondent sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britanniqe dans l'affaire *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et Ellett*[11], qui a décidé que l'art. 6A de la *Succession Duty Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 372, modifié par 1972 (B.C.), chap. 59, art. 14, était invalide.

Le paragraphe 6A(1) est en substance identique au par. 8(2) de la Loi de la Nouvelle-Écosse. L'article 6A dispose:

[TRADUCTION] 6A. (1) Lorsque les biens d'un défunt sont situés à l'extérieur de la province au moment de son décès et que le bénéficiaire d'une partie quelconque des biens réside dans la province au moment du décès, ce dernier doit acquitter les droits successoraux en vertu de la présente loi relativement aux biens dont il est bénéficiaire.

(2) Le bénéficiaire des biens du défunt mentionnés au paragraphe (1) doit, sous réserve des dispositions de l'article 5, payer les droits successoraux relativement à ces biens, calculés sur la valeur imposable desdits biens au taux prescrit dans la Table des taux à l'Annexe C, selon la méthode suivante:

Dans un arrêt de cette Cour, rendu récemment, le pourvoi interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été accueilli et la Cour a décidé que l'art. 6A relève de la compétence de la législature de la Colombie-Britannique. Elle a décidé que l'art. 6A «prélève un impôt personnel sur un bénéficiaire qui réside dans la province».

On doit donc considérer comme établi en droit que le par. 8(2) de la Loi est valide et que l'impôt qu'il a créé est un impôt personnel sur un héritier qui réside dans la province.

Le paragraphe 2(5), joint au par. 8(2), ne fait qu'imposer aux héritiers actionnaires qui résident dans la province la même obligation qu'impose le par. 8(2) aux héritiers qui y résident. Ils n'héritent pas des biens du défunt directement, mais les biens

[11] [1979] 2 W.W.R. 683, [1980] 2 R.C.S. 466.

ultimately devolves upon them by reason of his death through their ownership of shares in a non-resident corporation which becomes beneficially entitled to property of the deceased.

The tax which is imposed upon the grandchildren of the deceased by the combined effect of subs. 8(2) and subs. 2(5) is a tax imposed upon residents of Nova Scotia measured by their succession to the estate of a resident of Nova Scotia, whose will was made and probated in Nova Scotia. This is a tax upon residents in the province and so is taxation within the province. The tax is not a tax upon property outside the province. It is a tax upon persons within the province measured by the benefits which they derive as a result of the bequest made to a non-resident corporation of which they are the shareholders. It is clearly imposed upon the very persons who were intended to pay it, and so it cannot be regarded as an indirect tax.

In my opinion, subs. 2(5) was *intra vires* of the Legislature of Nova Scotia to enact.

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—In this appeal the Court is asked to draw the line between acceptable estate tax planning and unacceptable tax evasion. In broad and general terms, the issue is this: where a testator or taxpayer has studied the relevant legislation and ordered his affairs in such a manner as to avoid the apparent reach of the measure, and where there is no statutory definition of improper tax avoidance, in what circumstances will a court strike down his acts? There is, I think, a distinction to be made between cases in which: (a) tax consequences are clearly delineated in the statute, and, cognizant that he falls squarely within its ambit, the taxpayer sets out to disguise or alter the character of his income; and, (b) those in which a taxpayer finds a lacuna or way in which he can validly take his income wholly outside the express wording of the statute. The taxpayer does

leur sont dévolus en dernier ressort à cause du décès parce qu'ils détiennent des actions d'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province et qui acquiert un droit à titre bénéficiaire sur les biens du défunt.

L'impôt auquel sont assujettis les petits-enfants du défunt par l'effet combiné des par. 8(2) et 2(5) est un impôt qui frappe les personnes qui résident en Nouvelle-Écosse et qui héritent d'une personne résidant en Nouvelle-Écosse dont le testament a été fait et homologué en Nouvelle-Écosse. Il s'agit d'un impôt qui frappe les personnes qui résident dans la province et constitue par conséquent une taxe imposée dans les limites de la province. L'impôt ne frappe pas des biens situés hors de la province. C'est un impôt qui frappe des personnes se trouvant dans les limites de la province, calculé en fonction des avantages qu'elles retirent d'un legs fait à une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province et dont elles sont actionnaires. Il frappe de toute évidence les personnes qui doivent l'acquitter et on ne peut donc le considérer comme un impôt indirect.

A mon avis, le par. 2(5) relève de la compétence de la législature de la Nouvelle-Écosse.

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

Version française des motifs des juges Ritchie, Dickson et McIntyre rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—Dans ce pourvoi, la Cour doit délimiter la frontière entre la planification successorale acceptable et l'évasion fiscale inacceptable. En termes généraux, la question peut être formulée ainsi: un tribunal annulera-t-il les actions d'un testateur ou d'un contribuable qui a étudié les lois pertinentes et organisé ses affaires de façon à se soustraire à leur portée apparente lorsque la Loi ne définit pas l'évitement fiscal illégal? Il faut, à mon avis, distinguer le cas où a) la Loi délimite clairement les conséquences fiscales et, se sachant pertinemment visé, le contribuable tente de déguiser ou de modifier la nature de son revenu, du cas où b) un contribuable découvre une lacune dans la Loi ou une façon dont il peut validement soustraire tout son revenu à ses termes exprès. Le contribuable ne présente pas faussement sa situation aux autorités fiscales; il ne

not falsely represent his position to the taxing authorities; he merely re-arranges his affairs in a legal manner so as to minimize tax liability.

The decision as to whether his acts constitute (a) reprehensible tax evasion or (b) legitimate tax planning, will depend upon the jurisprudence as applied to the facts of the particular case.

I propose to deal with this question under the following heads:

I Facts
II Interpretation of Fiscal Legislation
III "Beneficially Entitled"
IV Lifting the Corporate Veil
V Sham
VI Conclusion

I

THE FACTS

Roy A. Jodrey, for thirty years a resident of Hantsport, Nova Scotia, died there on August 12, 1973. By his will, executed on August 13, 1963, he had given his executors, the appellants in the present case, the usual directions as to payment of debts, funeral and testamentary expenses, estate taxes and succession duties. Then, after making charitable and other bequests, he had directed that, on the death of his wife, the rest and residue be divided equally among his grandchildren.

Following execution of the will, and during the lifetime of Mr. Jodrey, the federal government, on January 1, 1972, vacated the estate tax field. The Province of Nova Scotia, in common with a number of other provinces, moved with alacrity to fill the void, and passed *An Act Respecting Succession Duties*, 1972 (N.S.), c. 17, deemed to have been in force in January 1, 1972. The Act imposed succession duties on all property of a deceased situated within the province at the time of his death, as well as on property situated outside the province, passing to resident "successors".

It became apparent that, unless something were done, Mr. Jodrey's twelve grandchildren, all of

fait que réorganiser ses affaires légalement de façon à minimiser son assujettissement à l'impôt.

Pour décider si ses actes constituent a) de l'évasion fiscale répréhensible ou b) de la planification fiscale légitime, il faut appliquer aux faits de chaque cas particulier les principes formulés par la jurisprudence.

Je me propose d'étudier cette question dans l'ordre suivant:

I Les faits
II L'interprétation des lois fiscales
III Le «droit à titre bénéficiaire»
IV Soulever le voile de la compagnie
V La simulation
VI La conclusion

I

LES FAITS

Roy A. Jodrey a résidé pendant trente ans à Hantsport (Nouvelle-Écosse) et y est décédé le 12 août 1973. Dans son testament, fait le 13 août 1963, il a donné aux exécuteurs, les appelants en l'espèce, les directives habituelles concernant le paiement des dettes, des frais funéraires et testamentaires et des droits et impôts successoraux. Puis, après avoir fait des legs particuliers et des dons de charité, il a exprimé la volonté qu'au décès de son épouse, le résidu de la succession soit réparti en parts égales entre ses petits-enfants.

Après confection du testament et du vivant de M. Jodrey, le gouvernement fédéral s'est retiré du champ de l'impôt sur les successions le 1er janvier 1972. La province de la Nouvelle-Écosse, comme plusieurs autres, s'est empressée de prendre sa place, et a adopté *An Act Respecting Succession Duties*, (N.S.), 1972 chap. 17, réputée entrée en vigueur le 1er janvier 1972. La Loi impose des droits successoraux sur tous les biens d'un défunt situés dans la province au moment de son décès, de même que sur les biens situés hors de la province, transmis à des «héritiers» y résidant.

Il devint évident que, si rien n'était fait, les douze petits-enfants de M. Jodrey, qui résidaient

whom were resident in Nova Scotia, would be liable, as "successors", to succession duties. Accordingly, a rather elaborate scheme was devised, and implemented, by which it was hoped to escape the imposition of duty in Nova Scotia on the estate then valued at some $3,500,000.

The scheme involved three main moves:

1. The incorporations—On September 13, 1972, Mr. Jodrey caused to be incorporated in Alberta, then the only province free of succession duties, three companies:
   (a) J.B.H. Investments Ltd.—the parent company which issued to each of Mr. Jodrey's twelve grandchildren, 100 common shares at a price of $1 per share, paid by the grandchilren.
   (b) J.G.C. Investments Ltd.—the subsidiary company which issued 100 common shares, all of which were beneficially owned by the parent company.
   (c) White Rock Investments Ltd.—which issued two common shares, each beneficially owned by Mr. Jodrey.

Each of the companies became a registered Alberta corporation. None carried on busines in Nova Scotia. The head office, share transfer register and certificates for issued shares of each was located in Alberta. The officers and directors of each were residents of Alberta.

2. The White Rock Transaction

On September 22, 1972, Mr. Jodrey entered into an agreement whereby he agreed to sell and White Rock Investments agreed to purchase, 4,600 shares of R.A. Jodrey Investments Limited, a Nova Scotia corporation owned and controlled by Mr. Jodrey, for a consideration of $3,735,200. White Rock gave Mr. Jodrey a promissory note in that amount, payable without interest upon presentation at the registered office of White Rock in the Province of Alberta. On July 3, 1973, White Rock paid $105,800 on account of the note, leaving a balance owing at the date of Mr. Jodrey's death, of $3,629,400. The promissory note was situate in Alberta at that date.

tous en Nouvelle-Écosse, seraient assujettis, à titre d'«héritiers», à des droits successoraux. Par conséquent, un plan relativement complexe fut imaginé et mis en œuvre, dans l'espoir de soustraire la succession, évaluée alors à quelque $3,500,000 aux droits successoraux de la Nouvelle-Écosse.

Ce plan comprenait trois étapes principales:

1. La constitution de compagnies—Le 13 septembre 1972, M. Jodrey a fait constituer trois compagnies en Alberta, alors la seule province qui n'imposait pas de droits successoraux:
   a) J.B.H. Investments Ltd.—la compagnie mère, qui a émis à chacun des douze petits-enfants de M. Jodrey 100 actions ordinaires au prix de $1 l'action, acquitté par les petits-enfants.
   b) J.G.C. Investments Ltd.—la compagnie filiale qui a émis 100 actions ordinaires, toutes détenues par la compagnie mère en tant que propriétaire bénéficiaire.
   c) White Rock Investments Ltd.—qui a émis deux actions ordinaires, toutes deux détenues par M. Jodrey en tant que propriétaire bénéficiaire.

Toutes les compagnies ont été enregistrées en Alberta. Aucune ne faisait affaire en Nouvelle-Écosse. Le siège social, le registre des actionnaires et les certificats d'actions émises de chaque compagnie se trouvaient en Alberta. Les administrateurs et dirigeants de chaque compagnie y résidaient également.

2. L'opération White Rock

Le 22 septembre 1972, M. Jodrey a conclu une entente par laquelle il a convenu de vendre, et White Rock Investments d'acheter, 4,600 actions de R.A. Jodrey Investments Limited, une compagnie néo-écossaise, propriété de M. Jodrey et contrôlée par lui, pour une contrepartie de $3,735,200. White Rock a remis à M. Jodrey un billet à ordre de ce montant, payable sans intérêts sur présentation au siège social de White Rock en Alberta. Le 3 juillet 1973, White Rock a versé $105,800 en acompte sur le billet, ce qui laissait un solde de $3,629,400 à la date du décès de M. Jodrey. Le billet à ordre se trouvait en Alberta à cette date.

3. The codicil

By a codicil to his will, executed October 5, 1972, Mr. Jodrey revoked the bequest to his grandchildren of the residue of his estate, and substituted therefor:

the rest and residue of my estate I give and bequeath to JGC Investments Limited, an Alberta company, including without limitation a note of White Rock Investments Limited.

The steps taken were not dissimilar to those which the author of a paper delivered at the Twenty-Third Tax Conference, 1971, of the Canadian Tax Foundation (Report of Proceedings, at p. 36) suggested might be taken by a father wishing legally to avoid succession duties. The author, under the rubric of "transmissions", wrote:

It may be possible under present law for a father legally to avoid succession duties, even if his children are domiciled or resident in the father's province of domicile. If, for example, a father domiciled in Ontario transferred all his assets, including those which are situated in Ontario, to an Alberta holding company, in return for shares of the Alberta company, and if his children then also incorporated a second Alberta holding company and by his will the father left his shares in the first company to the second company, it would seem that Ontario would not be in a position to levy any duty. *In Re Chodikoff Estate*, [1971] 1 O.R. 321, the Ontario Court of Appeal held that a disposition made by way of bargain sale by a father to his children's holding company was a disposition to the holding company, and not to his children, and that it was therefore taxable at the rates of duty applicable to strangers, rather than those applicable to preferred beneficiaries. Applying this reasoning to our hypothetical case, it would seem that a bequest of the shares of the first Alberta company to the second Alberta company could not be considered a transmission to the testator's children, who are resident in Ontario, merely because they were the shareholders of the second Alberta company.

The purpose of the two-tiered, parent-subsidiary relationship in the case at bar was to place the residue of the estate outside the taxing provisions of the newly enacted Nova Scotia statute, s. 1(ae) of which reads:

(ae) "successor" in relation to any property of the deceased includes any person who, at any time before or on or after the death of the deceased became or becomes beneficially entitled to any property of the deceased

3. Le codicille

Par un codicille à son testament, en date du 5 octobre 1972, M. Jodrey a révoqué le legs du résidu de sa succession à ses petits-enfants, et y a substitué ce qui suit:

[TRADUCTION] le résidu de ma succession, je lègue à JGC Investments Limited, une compagnie de l'Alberta, y compris, sans réserves, un billet souscrit par White Rock Investments Limited.

On a procédé d'une façon assez semblable à celle que l'auteur d'un exposé présenté au trente-troisième symposium fiscal de 1971 de L'Association Canadienne d'Etude Fiscales (*Report of Proceedings*, à la p. 36) suggérait à un père désireux d'éviter légalement les droits successoraux. Voici ce que l'auteur, sous le titre «transmissions», a dit:

[TRADUCTION] Il se peut qu'en vertu du droit actuel, un père puisse légalement éviter les droits successoraux, même si ses enfants ont leur domicile ou leur résidence dans la province où le père est domicilié. Si, par exemple, un père domicilié en Ontario transfère tous ses biens, y compris ceux situés en Ontario, à une compagnie de portefeuille de l'Alberta, contre des actions de celle-ci, et si ses enfants constituent une seconde compagnie de portefeuille en Alberta et que le père par testament lègue ses actions de la première compagnie à la seconde, il semble que l'Ontario ne pourrait prélever aucuns droits. Dans l'arrêt *Re Chodikoff Estate*, [1971] 1 O.R. 321, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'un père, qui dispose de ses biens en les vendant sous leur valeur à la compagnie de portefeuille de ses enfants, avantage la compagnie de portefeuille et non les enfants; cette disposition est par conséquent assujettie aux taux d'imposition applicables aux étrangers plutôt qu'à ceux applicables aux bénéficiaires privilégiés. Si l'on applique ce raisonnement à notre cas hypothétique, il semble que l'on ne pourrait considérer un legs des actions de la première compagnie albertaine à la seconde comme une transmission aux enfants du testateur qui résident en Ontario simplement parce qu'ils sont actionnaires de la deuxième compagnie albertaine.

En l'expèce, le but de cet arrangement à deux paliers, compagnie mère et filiale, était de soustraire le résidu de la succession aux dispositions fiscales de la nouvelle loi de la Nouvelle-Écosse dont le par. 1ae) dispose:

[TRADUCTION] 1. ae) «héritier» à l'égard d'un bien du défunt comprend toute personne qui, à toute époque avant ou après la mort du défunt, a acquis ou acquiert un droit à titre bénéficiaire sur un bien du défunt

(i) by virtue of, or conditionally or contingently on, the death of the deceased, or ...

The Minister of Finance relied upon s. 2(5)(b) in seeking to tax the grandchildren:

2. (5) Where a corporation which is not resident in the Province, other than a corporation without share capital, by reason of the death of a deceased acquires or becomes beneficially entitled to property of the deceased,

(a) the corporation shall be deemed not to be the successor of the property except to the extent that the value of the shares of the shareholders of the corporation is not increased in value by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property; and

(b) each of the shareholders of the corporation shall be deemed to be a successor of property of the deceased to the extent of the amount by which the value of his shares in the corporation is increased by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property.

The charging provisions read:

8. (1) Subject as hereafter otherwise provided, duty shall be paid on all property of a deceased that is situated, at the time of the death of the deceased, within the Province.

(2) Subject as hereafter otherwise provided, where property of a deceased was situated outside the Province at the time of the death of a deceased and the successor to any of the property of the deceased was a resident at the time of the death of the deceased, duty shall be paid by the successor in respect of that property to which he is the successor.

9. Each successor to any property of a deceased on which duty is payable under subsection (1) of Section 8 and each successor liable to pay duty under subsection (2) of Section 8 shall pay the duty to the Minister for the raising of a revenue for provincial purposes.

Section 8(2) is concerned with property situate outside the Province, and successors resident within the Province. The legatee, an Alberta company, was not resident within the Province of Nova Scotia and therefore the bequest was outside s. 8(2), unless s. 2(5)(b) of the Act could be called in aid. That section addresses the situation where a corporation, such as J.G.C. Investments Ltd., not

(i) à l'occasion du décès du défunt ou conditionnellement à celui-ci, ou ...

Le ministre des Finances a fondé sur l'al. 2(5)b) l'assujettissement des petits-enfants aux droits successoraux:

[TRADUCTION] 2. (5) Lorsqu'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province, sauf une compagnie sans capital-actions, acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien au décès du défunt,

a) la compagnie n'est pas réputée héritière du bien sauf dans la mesure où la valeur des actions détenues par les actionnaires de la compagnie n'augmente pas du fait que la compagnie acquiert le bien ou le droit à titre bénéficiaire; et

b) chaque actionnaire de la compagnie est réputé héritier du bien du défunt en proportion de l'augmentation de la valeur des actions de la compagnie qu'il détient du fait de l'acquisition par cette dernière du bien ou du droit à titre bénéficiaire.

Les dispositions d'assujettissement sont les suivantes:

8. (1) Sous réserve de ce qui suit, des droits successoraux doivent être payés sur les biens d'un défunt situés dans la province à son décès.

(2) Sous réserve de ce qui suit, lorsque les biens d'un défunt sont situés à l'extérieur de la province au moment de son décès et que l'héritier de l'un de ces biens réside dans la province à ce moment, ce dernier doit acquitter les droits successoraux en vertu de la présente loi sur les biens dont il hérite.

9. L'héritier d'un bien sur lequel il doit acquitter des droits successoraux en vertu du paragraphe (1) de l'article 8 et celui qui est assujetti à des droits en vertu du paragraphe (2) de l'article 8, doit les payer au ministre à titre de revenu prélevé pour des objets provinciaux.

Le paragraphe 8(2) vise les biens situés hors de la province et les héritiers qui y résident. La légataire, une compagnie de l'Alberta, n'a pas son siège social dans la province de la Nouvelle-Écosse et par conséquent le legs ne relève pas du par. 8(2), sauf si l'on peut invoquer l'al. 2(5)b) de la Loi. Cette disposition vise le cas d'une compagnie, comme J.G.C. Investments Ltd., qui n'a pas son

resident in Nova Scotia, becomes beneficially entitled to property by reason of the death of the deceased.

Section 2(5)(b) is clearly intended to reach resident-shareholders of non-resident legatee companies. If Mr. Jodrey had left the residue of his estate to an Alberta company in which his grandchildren held shares, I do not think there is any doubt (subject to any constitutional challenge) that the grandchildren would have been subject to tax. The scheme I have outlined, however, introduced a second Alberta company. The sole shareholder of the legatee corporation, J.G.C. Investments Ltd., is its parent, J.B.H. Investments Ltd. That corporation is not resident in Nova Scotia. Therefore, it is argued, that company and its shareholders, the grandchildren, fall outside the scope of the Act.

The draftsman of the Act envisaged the possibility of a non-resident corporate legatee with resident shareholders, and made provision for that eventuality. He overlooked the possibility of a legatee subsidiary company having a non-resident parent, controlled by resident shareholders. That lapse, it is said, relieves the grandchildren of tax in respect of the residue received by the subsidiary of the parent company in which they are sole shareholders. Is all this the legitimate arranging of one's affairs so as to fall outside the language of the taxing statute or is it improper tax evasion? If the latter, on what *legal basis* is it to be so regarded? The views of the individual judge as to the propriety or impropriety of the conduct of the testator, and the desirability or undesirability of the result sought to be attained by the testator, do not furnish any guide to decision.

By Notice of Assessment dated August 8, 1975, addressed to the executors of the estate, the total value of the estate was increased by $3,784,273, of which $2,999,000 was attributable to "promissory note with *situs* in Alberta"; the applicable rate of duty was established to be 48.5 per cent; the duty was assessed in the amount of $1,534,421.96 and interest thereon at the rate of 8 per cent per annum. It is common ground that by the Notice of

siège social en Nouvelle-Écosse et qui acquiert un droit à titre bénéficiaire sur des biens suite au décès du défunt.

L'alinéa 2(5)b) vise de toute évidence les actionnaires, qui résident dans la province, d'une compagnie légataire qui n'y a pas son siège social. Si M. Jodrey avait légué le résidu de sa succession à une compagnie de l'Alberta dont ses petits-enfants sont actionnaires, je crois qu'il n'aurait pas été douteux (sous réserve de la validité constitutionnelle) que les petits-enfants étaient assujettis aux droits successoraux. Toutefois, le plan que j'ai décrit a introduit une deuxième compagnie. Le seul actionnaire de la compagnie légataire, J.G.C. Investments Ltd., est la compagnie mère, J.B.H. Investments Ltd. Cette compagnie n'a pas son siège social en Nouvelle-Écosse. Par conséquent, on fait valoir que la compagnie et ses actionnaires, les petits-enfants, ne sont pas visés par la Loi.

Le rédacteur de la Loi a envisagé le cas d'une compagnie légataire qui n'a pas son siège social dans la province, mais dont les actionnaires y résident, et il a edicté un article à cet effet. Il a négligé le cas d'une compagnie filiale légataire dont la compagnie mère n'a pas son siège social dans la province et qui est contrôlée par des actionnaires qui y résident. Cet oubli, dit-on, a pour effet de dégager les petits-enfants de l'obligation de payer des droits sur le résidu reçu par la filiale de la compagnie mère dont ils sont les seuls actionnaires. Tout cela constitue-t-il une planification légitime des affaires du contribuable qui s'exclut ainsi des dispositions de la loi fiscale ou est-ce de l'évasion fiscale illégale? Dans ce dernier cas, quel est le *fondement juridique* de l'illégalité? L'opinion d'un juge sur la rectitude de la conduite du testateur et la désirabilité du résultat visé par celui-ci ne constitue pas un critère pour en juger.

Par un avis de cotisation en date du 8 août 1975 adressé aux exécuteurs de la succession, la valeur totale de la succession a été augmentée de $3,784,273, dont $2,999,000 attribuables à «un billet à ordre situé en Alberta»; le taux d'imposition applicable était fixé à 48.5 pour cent; le montant des droits était établi à $1,534,421.96 avec intérêts sur cette somme au taux annuel de 8 pour cent. On reconnaît que, par l'avis de cotisation, les douze

Assessment, duty was assessed against the twelve grandchildren on the basis they are successors to the residue of the estate. The executors filed a notice of objection. The Minister of Finance confirmed the assessment "as having been made in accordance with the provisions of the Act and in particular on the ground that the twelve grandchildren of the deceased, all residents in Nova Scotia at the time of death, are true and proper successors to the residue of the estate pursuant to paragraph (b) of subsection (5) of Section 2 of the Act".

The Minister has accepted throughout that the grandchildren were not "successors" under s. 1(ae) of the Act but "deemed" to be successors under s. 2(5)(b), as shareholders of a corporation beneficially entitled. Mr. Justice Hart in the Court below noted this in his reasons for judgment in the *MacKeen* matter. Unsuccessful appeals in both estates were taken from the Minister's decision to the Trial Division and, later, the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia. Argument proceeded before both Courts on an Agreed Statement of Facts and a book of Agreed Exhibits. The Agreed Statement of Facts sets out the two questions for decision at trial, and now before this Court:

(a) whether or not the twelve grandchildren of the deceased are or are not successors to the residue of the estate of the deceased within the meaning of section 2(5) of the Act; and

(b) if it is found that the twelve grandchildren of the deceased are successors to the residue of the estate of the deceased within the meaning of section 2(5) of the Act, whether or not section 2(5) is *ultra vires* the powers of the legislature of Nova Scotia.

Identical issues were before the Nova Scotia Courts in appeals respecting the Estate of John Crerar MacKeen and the reasons set out in the *MacKeen* case were adopted by the Court of Appeal in its reasons for decision in the case at bar. In this Court the Provinces of Quebec and British Columbia intervened in support of an affirmative answer to the following constitutional question:

petits-enfants ont été assujettis aux droits à titre d'héritiers du résidu de la succession. Les exécuteurs ont déposé un avis de contestation. Le ministre des Finances a confirmé la cotisation [TRADUCTION] «comme ayant été établie conformément aux dispositions de la Loi et en particulier au motif que les douze petits-enfants du défunt, qui résidaient tous en Nouvelle-Écosse au moment du décès, sont les véritables héritiers en droit du résidu de la succession aux termes de l'al. 2(5)b) de la Loi».

Le Ministre a toujours reconnu que les petits-enfants n'étaient pas «héritiers» en vertu de par. 1ae) de la Loi, mais «réputés» héritiers en vertu de l'al. 2(5)b), en tant qu'actionnaires d'une compagnie ayant un droit à titre bénéficiaire. Le juge Hart en première instance l'a noté dans son opinion dans l'affaire *MacKeen*. Des appels ont été interjetés à la Division de première instance puis à la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse à l'égard des deux successions. Dans les deux cas, on a procédé sur la base d'un exposé conjoint des faits et d'un recueil de pièces conjoint. L'exposé conjoint des faits énonce les deux questions soumises en première instance et maintenant à cette Cour:

[TRADUCTION] a) les douze petits-enfants du défunt sont-ils héritiers du résidu de sa succession au sens du par. 2(5) de la Loi? et

b) si l'on conclut que les douze petits-enfants du défunt sont héritiers du résidu de sa succession au sens du par. 2(5) de la Loi, le par. 2(5) excède-t-il la compétence de la législature de la Nouvelle-Écosse?

Des questions identiques ont été soumises aux tribunaux de la Nouvelle-Écosse dans les appels concernant la succession de John Crerar MacKeen et la Cour d'appel a adopté en l'espèce les motifs de jugement qu'elle a exposés dans l'affaire *MacKeen*. Devant cette Cour, le Québec et la Colombie-Britannique sont intervenus pour appuyer une réponse affirmative à la question constitutionnelle suivante:

Are sub-sections 8(2) and 2(5) of the *Succession Duty Act* of the Province of Nova Scotia, S.N.S. 1972, c. 17, *intra vires* of the Legislature of that Province to enact?

II

INTERPRETATION OF FISCAL LEGISLATION

In all Courts the appellants advanced a number of propositions regarding principles of statutory construction of fiscal legislation, that require comment. It is said taxing statutes are to be strictly construed. The Court, it is contended, can only look to the express words of the statute and cannot explore and give effect to the intention or purpose of the Act. A passage from the judgment of Lord Halsbury in *Tennant v. Smith*[12], at p. 154, is cited. Then it is said there is no equity in the Crown's favour in a taxing statute. Reliance is placed on a passage from *Attorney-General v. The Earl of Selborne*[13], in which Collins M.R. adopted this principle, at p. 396:

> If the person sought to be taxed comes within the letter of the law he must be taxed, however great the hardship may appear to the judicial mind to be. On the other hand, if the Crown, seeking to recover the tax, cannot bring the subject within the letter of the law, the subject is free, however apparently within the spirit of the law the case might otherwise appear to be.

The appellants make reference to the "form versus substance" controversy. The Court, it is said, must examine the "legal effect" of the transaction and disregard, or at least greatly subordinate, the true substance of the matter. The appellants look to well-known passages found in *Commissioners of Inland Revenue v. The Duke of Westminster*[14], at pp. 20, 25 and 31.

Finally, the appellants advance the proposition, not open to challenge, that a taxpayer may so order his affairs as to attract the least amount of tax, however "unappreciative" the taxing authori-

[12] [1892] A.C. 150.
[13] [1902] 1 K. B. 388.
[14] [1936] A.C.1.

La législature de la Nouvelle-Écosse a-t-elle compétence pour promulguer les par. 8(2) et 2(5) de la *Succession Duty Act*, S.N.S. 1972, chap. 17?

II

L'INTERPRÉTATION DES LOIS FISCALES

Dans toutes les cours, les appelants ont fait valoir plusieurs arguments concernant les principes d'interprétation des lois fiscales, qu'il me faut commenter. Les lois fiscales, allègue-t-on, doivent être interprétées strictement. Selon les appelants, le tribunal ne peut tenir compte que des termes exprès de la Loi et ne peut rechercher l'intention du législateur ou le but visé par la Loi, ou leur donner effet. Ils renvoient à un passage de l'opinion de lord Halsbury dans l'arrêt *Tennant v. Smith*[12], à la p. 154. Ils affirment ensuite que les principes d'équité ne jouent pas en faveur du gouvernement dans une loi fiscale. Ils s'appuient sur un passage de l'arrêt *Attorney-General v. The Earl of Selborne*[13], où le maître des rôles Collins a adopté ce principe, à la p. 396:

> [TRADUCTION] Si la personne que l'on cherche à assujettir à l'impôt est visée par la lettre de la loi, elle doit l'être, quelque onéreux que le fardeau puisse sembler à l'esprit judiciaire. D'un autre côté, si le gouvernement qui cherche à prélever l'impôt, ne peut établir que le contribuable est visé par la lettre de la loi, celui-ci en est exempt, quoique apparemment, selon l'esprit de la loi, il puisse sembler en être autrement.

Les appelants renvoient à la controverse entre «la forme et le fond». Le tribunal, dit-on, doit considérer l'«effet juridique» de l'opération et négliger, ou du moins accorder une importance bien moindre, au véritable fondement de la question. Les appelants considèrent des passages fort connus tirés de l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. The Duke of Westminster*[14], aux pp. 20, 25 et 31.

Enfin, les appelants disent, ce qui ne fait aucun doute, qu'un contribuable peut arranger ses affaires de façon à minimiser son assujettissement à l'impôt, même si les autorités fiscales «n'apprécient

[12] [1892] A.C. 150.
[13] [1902] 1 K.B. 388.
[14] [1936] A.C. 1.

ties as to his "ingenuity", *Duke of Westminster, supra*, at p. 19.

If the submissions made on behalf of the appellants, as to the proper principles to be applied in constructing fiscal legislation, simply mean that it is impermissible to bring to the task of construing a fiscal statute a bias in favour of the Crown, then I am in entire accord. A court of justice must act as a neutral umpire, impartially and objectively, between the taxpayer and the taxing authority. Neither occupies a preferred position.

If, on the other hand, the submissions of the appellants mean that there are special principles of construction governing the interpretation of fiscal legislation, or that a court must uncritically and supinely accept the form of the transaction, blind as to what is actually happening, then, with respect, I disagree.

Fiscal legislation does not stand in a category by itself. Persons whose conduct a statute seeks to regulate should know in advance what it is that the statute prescribes. A court should ask—what would the words of the statute be reasonably understood to mean by those governed by the statute? Unnatural or artificial constructions are to be avoided.

The correct approach, applicable to statutory construction generally, is to construe the legislation with reasonable regard to its object and purpose and to give it such interpretation as best ensures the attainment of such object and purpose. The primary object of a succession duty statute, such as the legislation under consideration, is to capture such amounts for the fiscal coffers as the words of the statutory net can catch. No legislative intention can be assumed other than to collect such tax as the statute imposes, no more and no less.

Although a court is entitled, in the case of fiscal legislation as with other enactments, to look to the purpose of the Act as a whole, as well as the particular purpose of a given section, it must still respect the actual words which express the legislative intention. In *Corporation of the City of*

pas» son «ingéniosité», *Duke of Westminster*, précité, à la p. 19.

Si les prétentions des appelants sur les principes applicables à l'interprétation des lois fiscales signifient simplement qu'il n'est pas permis de favoriser le gouvernement dans l'interprétation d'une loi fiscale, je suis entièrement d'accord avec eux. Une cour de justice doit agir comme arbitre neutre, avec impartialité et objectivité, entre le contribuable et les autorités fiscales. Aucun des deux n'occupe une position privilégiée.

Si, d'un autre côté, les appelants veulent dire que l'interprétation des lois fiscales fait appel à des principes d'interprétation particuliers, ou qu'un tribunal doit accepter sans sens critique et passivement la forme de l'opération, se fermant les yeux devant la réalité, alors, avec égards, je ne partage pas leur opinion.

Les lois fiscales ne constituent pas une catégorie à part. Une personne dont la conduite est réglementée par une loi devrait savoir à l'avance ce que la Loi prescrit. Un tribunal doit se demander quel sens les personnes régies par la Loi peuvent-elles raisonnablement lui donner? Il faut éviter les interprétations forcées ou artificielles.

La bonne méthode, applicable à l'interprétation des lois en général, est d'interpréter la loi en tenant compte de son objet et de son but et de lui donner l'interprétation qui permettra au mieux de les atteindre. L'objet premier d'une loi sur les droits successoraux comme celle en cause en l'espèce, est de capturer au profit de l'Etat toutes les sommes prises dans les rets de la Loi. On ne peut présumer d'autre intention de la part du législateur que celle de prélever les droits imposés par la Loi ni plus ni moins.

Bien qu'un tribunal ait le droit, dans le cas d'une loi fiscale comme de toute autre loi, de tenir compte du but de la loi dans son ensemble, de même que du but visé par une disposition donnée, il doit néanmoins respecter le texte qui exprime l'intention du législateur. Dans l'arrêt *Corporation*

Toronto v. Russell[15], Lord Atkinson, delivering judgment for the Privy Council stated at p. 501:

Their Lordships are moreover of opinion that, since the main and obvious purpose and object of the Legislature in passing the Act 3 Edw. 7, c. 86, was to validate sales made for arrears of taxes ... the statute should *where its words permit,* be construed so as to effect that purpose and attain that object. (Emphasis added.)

The following passage is found in the judgment of Brightman J. in the Chancery Division in *Sansom et al. v. Peay*[16], at p. 379, concerning s. 29(9) of the *Finance Act*:

In my view s. 29(9) is capable of bearing either the strict construction for which counsel for the Crown has argued or the broader construction advocated by counsel for the trustees. Subsection (9) is an exempting subsection, and it is not of course my duty, even in the case if (sic) a taxing statute, to try to ensure that the exemption applies. But I think I am permitted to take into consideration one factor which must have been present to the mind of Parliament when enacting s. 29. The general scheme of s. 29 is to exempt from liability to capital gains tax the proceeds of sale of a person's home. That was the broad conception ... It would not therefore be surprising if Parliament formed the conclusion that, in such circumstances, it would be right to exempt the profit on the sale of the first home from the incidence of capital gains tax so that there was enough money to buy the new home. *Nevertheless, it would not be permissible for me to construe sub-s (9) in a manner which I thought was fair or reasonable unless the wording permits that construction.* Nor do I intend to travel outside the facts of the particular case before me. (Emphasis added.)

III

BENEFICIALLY ENTITLED

I turn now to the question whether the transaction in the case at bar falls within the meaning of the words of s. 2(5) so as to deem the twelve grandchildren "successors". I repeat s. 2(5)(b):

[15] [1908] A.C. 493.
[16] [1976] 3 All E.R. 375.

of the City of Toronto v. Russell[15], lord Atkinson, qui a rendu la décision du Conseil privé, a dit à la p. 501:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries sont de plus d'avis que, puisque l'objet et le but principal que visait de toute évidence la Législature quand elle a adopté l'Act 3 Edw. 7, chap. 86, était de valider les ventes tenues pour arrérages de taxes ... on doit interpréter la Loi, *lorsque ses termes le permettent*, de façon à donner effet à ce but et à atteindre cet objectif. (Les italiques sont de moi.)

Le passage suivant est tiré de l'opinion du juge Brightman de la *Chancery Division* dans *Sansom et al. v. Peay*[16], à la p. 379, à propos du par. 29(9) de la *Finance Act*:

[TRADUCTION] A mon avis, le par. 29(9) peut être interprété soit dans le sens strict qu'a défendu le substitut du procureur général, soit dans le sens plus large mis de l'avant par l'avocat des fiduciaires. Le paragraphe (9) est une disposition exonératrice et il ne m'appartient évidemment pas, même dans le cas d'une loi fiscale, d'essayer d'assurer que l'exemption s'applique. Je suis cependant d'avis qu'il m'est permis de tenir compte d'un facteur que le législateur devait avoir à l'esprit lorsqu'il a promulgué l'art. 29. L'économie de l'art. 29 est d'exempter de l'impôt sur les gains en capital le produit de la vente de la maison d'un particulier. C'était là l'intention générale. ... Il ne serait donc pas surprenant que le législateur soit venu à la conclusion que, dans les circonstances, le profit réalisé sur la vente de la première maison doive, à bon droit, être exempt de l'impôt sur les gains en capital afin qu'il reste assez d'argent pour acheter une nouvelle maison. *Néanmoins, il ne me serait pas permis d'interpréter le par. (9) d'une façon que je crois juste et raisonnable si le texte ne permettait pas cette interprétation.* Je n'ai pas non plus l'intention de déborder du cadre du cas particulier qui m'est soumis. (Les italiques sont de moi.)

III

LE DROIT A TITRE BENEFICIAIRE

Je passe maintenant à la question de savoir si l'opération en l'espèce est visée par les termes du par. 2(5) de façon que les douze petits-enfants soient réputés «héritiers». Voici de nouveau l'al. 2(5)b):

[15] [1908] A.C. 493.
[16] [1976] 3 All E.R. 375.

Where a corporation which is not resident in the Province, other than a corporation without share capital, by reason of the death of a deceased acquires or becomes beneficially entitled to property of the deceased,

(a) . . .

(b) each of the shareholders of the corporation shall be deemed to be a successor of property of the deceased to the extent of the amount by which the value of his shares in the corporation is increased by the corporation acquiring or becoming beneficially entitled to the property.

If the "corporation which is not resident in the Province" and which "acquires or becomes beneficially entitled to property of the deceased" is identified as the subsidiary company, the direct object of the bequest, then it is clear, upon a plain reading, that the section does not reach the grandchildren as they are not shareholders of the legatee corporation. If the Minister is to sustain the assessment on the basis of s. 2(5)(b), he must establish that the parent company became "beneficially entitled" to property of the deceased.

If one resorts to legal dictionaries in search of the meaning to be attributed such words and phrases as "entitled", "beneficial", "beneficially entitled", "beneficial interest", and the like, it soon becomes apparent their meanings are almost invariably drawn from cases concerned with the construction of wills or succession duty statutes. The phrases naturally take their colour from the word "beneficiary" who is, after all, the target of the tax. Whether we like it or not, this takes us into that formidable body of jurisprudence built up by the courts of chancery. The Nova Scotia Act deals with a subject-matter formerly administered by the courts of equity and it uses phrases long familiar to those courts. At least in the pure wills or trust situations, "beneficially entitled" refers to an interest that would be recognized by, and enforceable in, a court of equity. See Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974), at pp. 833-35.

The leading modern British authority is *Uniacke v. Attorney-General (In re Miller's Agreement)*[17], in which Wynn-Parry J. had to determine whether

[17] [1947] Ch. D. 615.

[TRADUCTION] Lorsqu'une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province, sauf une compagnie sans capital-actions, acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien au décès du défunt,

a) . . .

b) chaque actionnaire de la compagnie est réputé héritier du bien du défunt en proportion de l'augmentation de la valeur des actions de la compagnie qu'il détient, du fait de l'acquisition par cette dernière du bien ou du droit à titre bénéficiaire.

Si l'on détermine que la «compagnie qui n'a pas son siège social dans la province» et qui «acquiert un bien par testament ou un droit à titre bénéficiaire sur un bien», est la compagnie filiale, la légataire directe, il ressort clairement du texte même que l'article ne vise pas les petits-enfants qui ne sont pas actionnaires de la compagnie légataire. Pour que le Ministre puisse fonder la cotisation sur l'al. 2(5)b), il lui faut établir que la compagnie mère a acquis un «droit à titre bénéficiaire» sur les biens du défunt.

Si l'on cherche dans les dictionnaires juridiques la définition de mots et d'expressions comme «droit», «bénéficiaire», «droit à titre bénéficiaire», «droit bénéficiaire», etc., il ressort rapidement qu'elles sont toujours tirées d'affaires portant sur l'interprétation de testaments ou de lois imposant des droits successoraux. Ces expressions tirent naturellement leur sens du terme «bénéficiaire», celui qu'après tout, l'impôt vise. Que cela nous plaise ou non, cela nous oblige à tenir compte de l'énorme jurisprudence élaborée par les cours de *chancery*. La Loi de la Nouvelle-Écosse porte sur un domaine dont l'application relevait jadis des cours d'*equity* et emploie des expressions bien connues de celles-ci. Dans les cas clairs de testament ou de fiducie du moins, l'expression «droit à titre bénéficiaire» désigne un droit que l'on pouvait faire valoir devant une cour d'*equity* et que celle-ci sanctionnait. Voir Waters, *Law of Trusts in Canada* (1974), aux pp. 833 à 835.

L'arrêt clé en droit moderne britannique est *Uniacke v. Attorney-General (In re Miller's Agreement)*[17], où le juge Wynn-Parry devait déci-

[17] [1947] Ch. D. 615.

the plaintiffs were "beneficially entitled" to certain annuity payments which partners of the retiring (and since deceased) partner covenanted to pay the plaintiffs, family of the former partner.

In the clearest statement of the law on this point, the learned trial judge said (at p. 625):

> The word "entitled", as used in this section, appears to me necessarily to carry the implication that for a person to be entitled to property under this section it must be capable of being postulated of him that he has a right to sue for and recover such property.

This "sue for and recover" rule was followed in *Re J. Bibby & Sons, Ltd. Pensions Trust Deed, Davies v. Inland Revenue Commissioners*[18]. There, at p. 487, Harman J. held a widow not to be "beneficially entitled" to an income from a pension on the ground that she had not "such an interest in property as would be protected in a court of law or equity".

There are Canadian cases which touch upon the subject. *In Re Steed and Raeburn Estates; Minister of National Revenue v. Fitzgerald et al.*[19], concerned whether or not the property in question was situated in Canada. Rand J. considered the nature of a beneficiary's interest:

> But in addition to his capacity of representing the deceased, the executor in equity is looked upon as quasi-trustee for the beneficiaries; and the beneficiary is entitled to resort to that court to have the duty of the executor enforced. The "interest" in property that is transmitted results from that right and becomes, therefore, an equitable interest, subject to the rules which underlie equitable administration. (at p. 461)

Locke J., in dissent, indicated he too would define a beneficiary as one who could compel the trustees properly to administer the estate.

Cossitt v. M.N.R.[20] involved, in part, consideration of s. 2(*m*) of the *Dominion Succession Duty*

[18] [1952] 2 All E.R. 483.
[19] [1949] S.C.R. 453.
[20] [1949] 4. D.L.R. 705.

der si les demandeurs avaient un «droit à titre bénéficiaire» sur des rentes que les associés de l'associé retraité (et décédé depuis) avaient convenu de verser aux demanderesses, c'est-à-dire à la famille de l'ancien associé.

Dans l'énoncé le plus clair du droit sur ce point, le savant juge de première instance a dit, à la p. 625:

> [TRADUCTION] A mon avis, l'emploi du terme «droit» dans cet article emporte nécessairement que, pour qu'une personne ait droit à un bien en vertu de cet article, il faut qu'elle ait le droit de poursuivre en justice le recouvrement de ce bien.

Cette règle de «poursuivre en justice le recouvrement» a été suivie dans l'arrêt *Re J. Bibby & Sons, Ltd. Pensions Trust Deed, Davies v. Inland Revenue Commissioners*[18]. Dans cet arrêt, à la p. 487, le juge Harman a décidé qu'une veuve n'avait pas de «droit à titre bénéficiaire» sur le revenu d'une pension parce qu'elle n'avait pas [TRADUCTION] «un droit au bien que protègerait une cour de *common law* ou d'*equity*».

Il existe des décisions canadiennes sur ce sujet. L'arrêt *In Re Steed and Raeburn Estates; Minister of National Revenue v. Fitzgerald et al.*[19], porte sur la question de savoir si le bien en cause est ou non situé au Canada. Le juge Rand a examiné la nature du droit d'un bénéficiaire:

> [TRADUCTION] Mais en plus de son pouvoir de représenter le défunt, l'exécuteur, en *equity*, est considéré comme un quasi-fiduciaire pour les bénéficiaires; et le bénéficiaire peut avoir recours à cette cour pour obliger l'exécuteur à s'acquitter de ses obligations. Le «droit» au bien transmis découle de ce droit et devient, par conséquent, un droit en *equity*, soumis aux règles sous-jacentes à l'administration en *equity*. (à la p. 461)

Le juge Locke, dissident, a laissé entendre que lui aussi définirait le bénéficiaire comme celui qui peut obliger les fiduciaires à bien administrer la succession.

L'arrêt *Cossit v. M.N.R.*[20] portait, en partie, sur l'al. 2*m*) de la *Loi sur les droits de succession*

[18] [1952] 2 All E.R. 483.
[19] [1949] R.C.S. 453.
[20] [1949] 4 D.L.R. 705.

Act, 1940-41 (Can.), c. 14, as amended by 1942-43, c. 25. The question faced by O'Connor J. was whether the general power given the beneficiary, to use all or any part of the capital, was "property" to which the beneficiary was "beneficially entitled". O'Connor J. held at p. 708:

"Entitled" in s. 2(*m*), in my opinion, should be given the same meaning set out by Wynn-Parry J. *In re Miller's Agreement, Uniacke v. Attorney-General*, [1947] 2 All E.R. 78, in which after discussing the word "entitled" in s. 2 of the *Succession Duty Act*, 1853 (Imp.), c. 51, he said at p. 83: "The word 'entitled', as used in this section, appears to me necessarily to carry the implication that, for a person to be entitled to property under this section, it must be capable of being postulated of her that she has a right to sue for and recover such property."

Until the appellant exercised the power in his own favour, he would not have the right to sue for and recover the capital.

Wanklyn et al. v. M.N.R.[21], was a very similar case. In addition to an interest in the income from the capital sum, the beneficiary there was vested with a general power of appointment. If he exercised the power fully he would become absolute owner of the capital. The Minister sought to tax as if the property had been bequeathed absolutely. Cartwright J., delivering judgment for himself and Fauteux J., held at p. 75:

The respondent's argument depends upon the proposition that a person who is given a power over property thereby becomes beneficially entitled to such property but in my view this is not the law and no words in the Statute so provide. As is pointed out in Halsbury, 2nd Edition, Vol. 25, page 515:

> The creation of a power over property does not in any way vest the property in the donee, though the exercise of the power may do so; and it is often difficult to say whether the intention was to give property or only a power over property.

These two cases are analogous to the case at bar. The parent company in the case at bar is in a position at any time to wind up its wholly-owned subsidiary and obtain the legacy bequeathed to the

[21] [1953] 2 S.C.R. 58.

du Dominion, 1940-41 (Can.), chap. 14, modifié par 1942-43, chap. 25. Le juge O'Connor devait répondre à la question de savoir si le pouvoir général donné au bénéficiaire d'utiliser le capital en totalité ou en partie était un «bien» sur lequel le bénéficiaire avait un «droit à titre bénéficiaire». Le juge O'Connor a décidé à la p. 708:

[TRADUCTION] A mon avis, le terme «droit» à l'al. 2*m*) doit être interprété dans le sens énoncé par le juge Wynn-Parry dans *In re Miller's Agreement, Uniacke v. Attorney-General*, [1947] 2 All E.R. 78, où, après avoir traité du terme «droit» à l'art. 2 de la *Succession Duty Act*, 1853 (Imp.), chap. 51, il a dit à la p. 83: «A mon avis, l'emploi du terme «droit» dans cet article emporte nécessairement que, pour qu'une personne ait droit à un bien en vertu de cet article, il faut qu'elle ait le droit de poursuivre en justice le recouvrement de ce bien.»

L'appelant n'a aucun droit de poursuivre en justice le recouvrement du capital avant d'avoir exercé ce pouvoir pour lui-même.

L'arrêt *Wanklyn et autres c. M.R.N.*[21], est une affaire très semblable. En plus d'un droit afférent au revenu tiré d'un montant de capital, le bénéficiaire dans cette affaire était investi d'un pouvoir général de nomination. S'il exerçait ce pouvoir pleinement, il devenait propriétaire absolu du capital. Le Ministre a cherché à prélever le même impôt que si le bien avait été légué en propriété absolue. Le juge Cartwright, qui a rendu jugement en son nom et au nom du juge Fauteux, a décidé à la p. 75:

[TRADUCTION] L'argument de l'intimé se fonde sur la proposition qu'une personne à qui est conféré un droit sur un bien acquiert par là le droit à titre bénéficiaire de ce bien, mais, à mon avis, ce n'est pas justifié en droit et rien dans la Loi ne dit cela. Comme le souligne Halsbury, 2e édition, vol. 25, page 515:

> La constitution d'un droit sur un bien ne rend pas le donataire propriétaire, quoique l'exercice de ce droit puisse avoir ce résultat; et il est souvent difficile de dire si l'intention était de donner la propriété du bien ou simplement un droit sur celui-ci.

Ces deux affaires sont semblables à la présente. La compagnie mère en l'espèce est en position en tout temps de liquider sa filiale à part entière et d'obtenir le legs qui a été fait à celle-ci. Le Minis-

[21] [1953] 2 R.C.S. 58.

subsidiary. The Minister contends that this power places the parent in the position of being "beneficially entitled" to the residue of Mr. Jodrey's estate. It is true that the word "power" is a term of art and was so used in the two cases to which I have referred. The cases are helpful though in that each recognizes a beneficial interest as an interest or right recognized by the courts of equity. The fact that there would be no legal impediment to one acquiring the property is not sufficient. Beneficial entitlement arises only in those situations where equity recognizes the interest.

Re Chodikoff[22] is the closest case, factually, to the present case. The deceased had made two "dispositions" of shares in a private corporation controlled by him. In one, he caused 500 treasury shares to be transferred at an undervaluation to another personal corporation, the common shares of which were held in trust for his wife and children. In the other disposition he made a simple transfer of a quantity of common shares of one private corporation to another. The Minister sought to invoke the rate of taxation imposed on "strangers" on the ground that the corporations were "strangers". The taxpayer responded by asserting that only the wife and children would ultimately benefit from the dispositions. Consequently, the lower rate of tax should have been used. Fraser J., at first instance, agreed. Upon appeal, counsel for the respondent argued that the "corporate veil" should be lifted and the transaction regarded in substance as one by which the deceased conferred a benefit upon his wife and children. That is essentially the argument advanced in the instant case. The following passage from the judgment of Arnup J.A. is pertinent:

> ... Undoubtedly, the effect of the transaction was to increase the assets of Bemar, but the making of the disposition did not in itself, it seems to me, "benefit" the beneficiaries under the trust. Whether in the long run they would be better off by reason of the disposition depended on a number of factors which might occur in the future, including the winding up of Bemar, ...
>
> . . .

[22] [1971] 1 O.R. 321.

tre soutient que ce pouvoir donne à la compagnie mère un «droit à titre bénéficiaire» sur le résidu de la succession de M. Jodrey. Il est exact que le terme «pouvoir» est un terme technique qui a été utilisé dans ce sens dans les deux affaires que j'ai mentionnées. Par contre ces arrêts sont utiles puisqu'ils définissent un droit bénéficiaire comme un droit reconnu par les cours d'*equity*. Le fait qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à l'acquisition par quelqu'un d'un bien ne suffit pas. Il n'y a de droit à titre bénéficiaire que lorsque l'*equity* reconnaît ce droit.

L'arrêt *Re Chodikoff*[22] est l'affaire dont les faits sont les plus proches de la présente. Le défunt avait fait deux «dispositions» d'actions dans une compagnie privée qu'il contrôlait. Dans l'une, il a fait transféré à une autre compagnie privée, dont les actions ordinaires étaient détenues en fiducie pour sa femme et ses enfants, 500 actions de trésorerie pour un prix moindre que leur valeur. Dans l'autre, il a simplement transféré un certain nombre d'actions ordinaires d'une compagnie privée à une autre. Le Ministre a cherché à appliquer le taux d'imposition auquel étaient assujettis les «étrangers» au motif que les compagnies étaient des «étrangères». Le contribuable a répliqué que seuls sa femme et ses enfants tireraient un avantage en dernier ressort des dispositions. Par conséquent, le taux d'imposition moindre devait s'appliquer. En première instance, le juge Fraser lui a donné raison. En appel, l'avocat de l'intimé a soutenu qu'il fallait soulever le «voile de la compagnie» et considérer l'opération en substance comme une opération par laquelle le défunt avait conféré un avantage à sa femme et à ses enfants. C'est là l'essentiel de l'argument que l'on fait valoir en l'espèce. Le passage suivant de l'opinion du juge Arnup en Cour d'appel est pertinent:

> [TRADUCTION] ... Il ne fait aucun doute que l'opération a eu pour effet d'augmenter l'actif de Bemar mais, à mon avis, la disposition en soi n'a pas conféré un «avantage» aux bénéficiaires de la fiducie. La question de savoir si, à long terme, ils tireront un avantage de cette disposition dépend de plusieurs facteurs pouvant survenir dans le futur, y compris la liquidation de Bemar, ...
>
> . . .

[22] [1971] 1 O.R. 321.

No property interest accrued to the trust, either at law or in equity, by reason of the disposition. The only effect was that in certain events an asset which it already held might become more valuable.

If the *cestuis que trustent* did not "benefit" by the disposition, who did? The inevitable answer must be that Bemar did, *i.e.*, that corporation acquired an asset. The asset was not acquired by its shareholders or any class of them, any more than any interest in the asset was acquired by a creditor of the company, if such there were.

In my opinion, the link between the disposition on the one hand and the persons who were said to benefit on the other is much too tenuous and, indeed, is in law non-existent. A person does not become liable to tax under the *Succession Duty Act*, by reason of a disposition, merely because it later turns out that as a result of a whole series of events, including the disposition, he is better off than he would have been if the disposition had not been made. Only persons who receive a benefit from the disposition itself are caught by the provisions of the statute. (at pp. 330-331)

Chodikoff's case is important because the Ontario Court of Appeal refused to give effect to the very argument employed in this case. In all likelihood the wife and children would ultimately benefit from the transactions; in law the corporations, and not the family, were the beneficiaries; the Court refused to lift the "corporate veil".

I refer briefly to the American authorities to indicate the uniformity of jurisprudence on the meaning of "beneficially entitled". A case often cited is *People v. McCormick*[23]. This case makes it clear that the phrase is a compendious expression denoting the types of interests recognized by courts of equity. In *Montana Catholic Missions v. Missoula County*[24], the Supreme Court of the United States expressly included in its definition the element of the ability to sue to enforce the rights.

The expression, beneficial use or beneficial ownership or interest, in property is quite frequent in the law, and means in this connection such a right to its enjoyment as exists where the legal title is in one person and the right

[23] (1904), 208 Ill. R. 437.
[24] (1905), 200 U.S. 118.

La fiducie n'a acquis aucun droit de propriété, ni en droit ni en *equity*, du fait de la disposition. Ceci a eu pour seul effet que, dans des circonstances données, la valeur d'un bien qu'elle détenait déjà pouvait augmenter.

Si les *cestuis que trustent* n'ont pas tiré d'«avantage» de la disposition, qui en a profité? La seule réponse est qu'il s'agit de Bemar, c.-à-d. que cette compagnie a acquis un bien. Ce bien n'a pas été acquis par ses actionnaires ou par une catégorie d'entre eux, pas plus qu'un droit au bien n'a été acquis par un créancier de la compagnie, s'il y en avait.

A mon avis, le lien qui existe entre la disposition d'une part et les personnes dont on a dit qu'elles en ont tiré un avantage de l'autre est beaucoup trop ténu et, d'ailleurs, inexistant en droit. Une personne ne devient pas imposable en vertu de la *Succession Duty Act*, à cause d'une disposition, simplement parce qu'il s'avère plus tard qu'à la suite de toute une série d'événements, y compris la disposition, elle se trouve dans une meilleure situation que s'il n'y avait pas eu de disposition. Seules les personnes qui tirent un avantage de la disposition elle-même sont visées par les termes de la Loi. (aux pp. 330 et 331)

L'importance de l'arrêt *Chodikoff* vient de ce que la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'accueillir l'argument même que l'on fait valoir en l'espèce. Selon toute probabilité, l'épouse et les enfants auraient tiré un avantage en dernier ressort des opérations; en droit, les compagnies, et non la famille, étaient les bénéficiaires; la Cour a refusé de soulever le «voile de la compagnie».

Je renvoie brièvement à la jurisprudence américaine pour souligner l'uniformité de la définition juridique de l'expression «droit à titre bénéficiaire». Une affaire souvent citée est *People v. McCormick*[23]. Il en ressort clairement que l'expression résume en termes succincts les différents droits reconnus par les tribunaux d'*equity*. Dans l'arrêt *Montana Catholic Missions v. Missoula County*[24], la Cour suprême des États-Unis a inclus expressément dans sa définition la possibilité de poursuivre en justice la sanction des droits.

[TRADUCTION] Les expressions, usufruit, propriété bénéficiaire ou droit bénéficiaire en matière de biens se retrouvent fréquemment en droit, et, dans ce contexte, elles ont le sens du droit à la jouissance de ce bien qui

[23] (1904), 208 Ill. R. 437.
[24] (1905), 200 U.S. 118.

to such beneficial use or interest is in another, and where such right is recognized by law, and can be enforced by the courts, at the suit of such owner or of some one in his behalf. (at pp. 127-28)

The trustee Acts of eight of the provinces use the phrase "beneficially interested" in the sense of a beneficiary or successor with such an interest as would be recognized and enforced by the courts, someone who, by definition, is competent to seek relief in the event, for example, of default on the part of the executors and trustees of the estate. See the *Trustee Act*, R.S.N.S. 1967, c. 317, s. 40.

The meaning attached to the phrase "beneficially entitled" is closely linked to the meaning of the word "beneficiary"—at least in succession duty cases. The phrase, the authorities indicate, imports the requirement that he who is "beneficially entitled" be able to go to court to have his interest in the property protected.

The nub of the problem in this case is that the draftsman of the statute selected a phrase well known to the courts; in effect, a term of art. There was awareness of the complications which could arise should a non-resident corporate entity be interposed between the trustee and the resident intended to be benefited. Hence s. 2(5). The draftsman anticipated that courts might be unable to find a shareholder of the corporate legatee to be "beneficially entitled". The draftsman failed, however, to provide for the interposition of a second non-resident shareholder.

Counsel for the Minister of Finance submits that "the expression 'beneficially entitled' has a broad connotation, the ordinary or plain meaning of which encompasses the present transaction". In the absence of earlier authority and in a context other than one related to estates and succession duties, a court might be much inclined to give effect to this submission and construe "beneficially entitled" according to what could be regarded as the popular usage of the language employed. But, in light of the uniform jurisprudence to the contrary, I find it impossible to accede to counsel's submission.

existe lorsque le titre juridique appartient à une personne et le droit d'usufruit à une autre; lorsque ce droit est juridiquement reconnu, il peut être sanctionné par les tribunaux, à la demande de ce propriétaire ou de quelqu'un en son nom. (aux pp. 127 et 128)

Les Lois concernant les fiducies de huit provinces utilisent l'expression «droit à titre bénéficiaire» au sens d'un bénéficiaire ou héritier dont le droit serait reconnu et sanctionné par les tribunaux, quelqu'un qui, par définition, a un recours si, par exemple, les exécuteurs et fiduciaires de la succession ne s'acquittent pas de leurs obligations. Voir la *Trustee Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 317, art. 40.

Le sens de l'expression «droit à titre bénéficiaire» est intimement lié au sens du terme «bénéficiaire»—du moins dans les affaires concernant les droits successoraux. Selon la jurisprudence, l'expression exige que celui qui a un «droit à titre bénéficiaire» puisse avoir recours aux tribunaux pour faire protéger son droit sur le bien.

Le nœud du problème dans ce pourvoi est que le rédacteur de la Loi a utilisé une expression bien connue des tribunaux, à vrai dire un terme technique. Il se rendait compte des complications pouvant survenir si une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province était interposée entre le fiduciaire et le bénéficiaire y résidant. D'où le par. 2(5). Le rédacteur a prévu que les tribunaux ne pourraient peut-être pas conclure qu'un actionnaire de la compagnie légataire a un «droit à titre bénéficiaire». Le rédacteur, cependant, a omis de prévoir l'interposition d'un deuxième actionnaire ne résidant pas dans la province.

L'avocat du ministre des Finances fait valoir que [TRADUCTION] «l'expression «droit à titre bénéficiaire» a une large connotation, dont le sens habituel ou ordinaire comprend l'opération en cause». En l'absence de précédents et dans un autre contexte que celui des successions et des droits successoraux, un tribunal pourrait tendre à accueillir cet argument et interpréter l'expression «droit à titre bénéficiaire» selon ce qu'on pourrait considérer être son sens courant. A la lumière de la jurisprudence uniforme au contraire, il m'est impossible d'accueillir cet argument.

Here, J.B.H. Investments Ltd., the parent company, has no standing or capacity to "sue for and recover" the estate assets. J.G.C. Investments Ltd., the subsidiary, is the beneficial owner of the residue and it alone can sue the estate trustees to obtain legal title of those assets comprising the residue. J.B.H. Investments Ltd. perhaps has the power, through its share control, to *compel* J.G.C. Investments Ltd. to take steps against the trustees but it has no independent claim and no claim to beneficial entitlement which it can assert. It has no right to require either the executors or the subsidiary company to deliver or apply the bequest to its benefit.

At trial, Mr. Justice Hart in his reasons for judgment in the *MacKeen* matter, adopted in this case, expressed these views:

> In my opinion the Legislature of Nova Scotia in using the expression "Where a corporation ... becomes beneficially entitled to property of the deceased", it was using it in the broad sense to cover the situation where the corporation is put in a position to ultimately exercise the rights of ownership over property of the deceased. It would be unnecessary to use additional words such as "directly or indirectly" or "is controlled by" to effect its purpose. "Becomes beneficially entitled to" is broad enough to cover situations in which the property is registered in another name or held in trust or placed in any form in which the corporation can legally recover the property for its own benefit.

Mr. Justice Hart cited *Montreal Trust Company v. The Minister of National Revenue (Torrance Estate)*[25], where Rand J., in *obiter*, added a gloss to the *Miller's Agreement* case, *supra*, at p. 149:

> The test was, that it must be "postulated of him [the successor] that he has a right to sue for and recover such property". If the word "recover" extends to the application of money to one's benefit, and "sue for" to an ultimate and alternative resort as the effective cause of payment, I am disposed to accept it.

The remarks of Mr. Justice Rand were made in the context of the peculiar facts of the *Torrance*

[25] [1958] S.C.R. 146.

En l'espèce, J.B.H. Investments Ltd., la compagnie mère, n'a pas l'intérêt ou la capacité pour «poursuivre en justice le recouvrement» des biens de la succession. J.G.C. Investments Ltd., la filiale, est propriétaire bénéficiaire du résidu et elle seule peut poursuivre les fiduciaires de la succession pour obtenir le titre juridique des biens formant le résidu. J.B.H. Investments Ltd. a peut-être le pouvoir, par le biais de son contrôle sur les actions, de *forcer* J.G.C. Investments Ltd. à prendre des mesures contre les fiduciaires, mais elle n'a pas de droit indépendant et ne peut faire valoir de droit à titre bénéficiaire. Elle n'a pas le droit d'exiger soit des exécuteurs soit de la filiale qu'on lui remette le legs ou qu'on l'utilise à son profit.

En première instance, le juge Hart, dans les motifs de jugement de l'affaire *MacKeen* adoptés en l'espèce, a exprimé l'opinion suivante:

> [TRADUCTION] A mon avis, quand la législature de la Nouvelle-Écosse emploie l'expression «Lorsqu'une compagnie ... acquiert un droit à titre bénéficiaire sur un bien», elle l'emploie dans son sens large afin de viser le cas où la compagnie se trouve dans une position qui lui permet d'exercer en dernier ressort les droits de propriété sur un bien du défunt. Il serait superflu d'employer à cette fin des termes additionnels comme «directement ou indirectement» ou «est contrôlé par». L'expression «acquiert un droit à titre bénéficiaire» est suffisamment large pour viser les situations où le bien est enregistré à un autre nom ou est détenu en fiducie ou placé de façon à ce que la compagnie puisse légalement recouvrer le bien à son profit.

Le juge Hart a renvoyé à l'arrêt *Montreal Trust Company c. Le ministre du Revenu national* (la *succession Torrance*)[25], où le juge Rand, en *obiter*, a commenté l'arrêt *Miller's Agreement*, précité, à la p. 149:

> [TRADUCTION] Le critère était le suivant: on devait «établir qu'il [l'héritier] a le droit de poursuivre en justice le recouvrement de ce bien». Si le terme «recouvrement» s'étend à l'utilisation d'argent au profit de quelqu'un, et «poursuivre en justice» à un recours subsidiaire en dernier ressort comme moyen efficace de paiement, je suis disposé à accepter ce critère.

Les remarques du juge Rand ont été faites dans le contexte des faits particuliers de l'affaire de la

[25] [1958] R.C.S. 146.

Estate case and in my view do not assist in understanding the phrase "beneficially entitled".

Mr. Justice Hart cited at length from *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*[26], which, as I read the case, roundly rejected the argument that "beneficial ownership" was not a term of art but fell to be construed liberally so as to include any person having complete control over the disposition of property. Pennycuick J. in the *Rodwell* case rightly noted that the section with which he was dealing did not contain the words "directly or indirectly". In this respect, that case parallels the case at bar. Pennycuick J., in a passage which bears upon the present inquiry said:

> The rest of counsel's contentions really amounted in one set of terms or another to the proposition that the expression "beneficial owner" requires, and must be given a wide and liberal construction. I can answer that only by saying that it seems to me that one must construe the expression according to its legal meaning. I do not think that there is anything in the context of the section which requires one to do otherwise. (at p. 261)

Mr. Justice Hart interpreted the expression "beneficial owner" as meaning "the real or true owner of the property ... the one who can ultimately exercise the rights of ownership in the property". No authority is given for this proposition. The legal basis is not clear.

Chief Justice MacKeigan agreed with Mr. Justice Hart and reinforced his conclusion that the parent company was beneficially entitled to the estate interest acquired by its subsidiary by combining the operation of s. 1(ae) and s. 2(5). He said:

> Let me explain. By s. 2(5) each MacKeen parent company is, as the sole beneficial shareholder of its subsidiary, undoubtedly deemed to be the successor in respect of the property bequeathed to that subsidiary. A "successor" by s. 1(ae) is declared to be a person who "becomes beneficially entitled" to property of the deceased on his death. The parent company, having been deemed a successor by s. 2(5), must then by s. 1(ae) be

[26] [1968] 1 All E.R. 257.

succession Torrance et, à mon avis, ne facilitent pas la compréhension de l'expression «droit à titre bénéficiaire».

Le juge Hart a cité de larges extraits de l'arrêt *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*[26], qui, selon moi, a rejeté sans réserve l'argument voulant que l'expression «propriété bénéficiaire» n'est pas un terme technique; on doit l'interpréter libéralement de façon à comprendre toute personne qui a un contrôle complet sur l'usage du bien. Dans *Rodwell*, le juge Pennycuick a noté à bon droit que l'article à l'étude ne contenait pas les termes «directement ou indirectement». A cet égard, on peut faire un parallèle avec ce pourvoi. Le juge Pennycuick, dans un passage pertinent au présent examen, a dit:

> [TRADUCTION] Les autres arguments de l'avocat, d'une façon ou d'une autre, reviennent à dire que l'expression «propriétaire bénéficiaire» exige une interprétation large et libérale et qu'on doit lui donner cette interprétation. Tout ce que je peux répondre, c'est qu'à mon avis, cette expression doit être interprétée conformément à son sens juridique. Je ne pense pas que quelque chose dans le contexte de cet article exige une interprétation différente. (à la p. 261)

Le juge Hart a interprété l'expression «propriétaire bénéficiaire» dans le sens de [TRADUCTION] «propriétaire véritable ou réel du bien ... celui qui peut en dernier ressort exercer les droits de propriété sur le bien». Il ne cite aucune jurisprudence à l'appui de cette interprétation et son fondement juridique n'est pas clair.

Le juge en chef MacKeigan s'est dit d'accord avec le juge Hart et a insisté sur sa conclusion que la compagnie mère a un droit à titre bénéficiaire sur la succession acquise par sa filiale, par l'effet combiné de l'al. 1ae) et du par. 2(5). Il a dit:

> [TRADUCTION] Je m'explique. En vertu du par. 2(5), chaque compagnie mère de MacKeen est, à titre de seule actionnaire bénéficiaire de sa filiale, sans aucun doute réputée héritière des biens légués à cette filiale. Un «héritier» est défini à l'al. 1ae) comme une personne qui «acquiert un droit à titre bénéficiaire» sur un bien du défunt à son décès. La compagnie mère, étant réputée héritière de par le par. 2(5), doit donc être réputée avoir

[26] [1968] 1 All E.R. 257.

deemed to be a person beneficially entitled to the property in question.

Turning again to s. 2(5) and applying it again, the parent company is a non-resident corporation. It is a "successor" via its subsidiary. By the combined effect of s. 2(5) and s. 1(ae), as above, it must therefore be itself deemed to have become beneficially entitled to the property. Accordingly its shareholder "shall be deemed to be a successor" of the property.

With great respect, there is nothing in the particular statute or in any rule of statutory construction of which I am aware that permits one to climb up the corporate hierarchical ladder by applying s. 2(5) time and again. That is the very gap in the legislation of which the testator took advantage.

If the lower Courts are correct and the phrase "beneficially entitled" points to the locus of the benefit and the ultimate use and enjoyment of the property, it will be seen, by this process of reasoning, that the grandchildren are "beneficially entitled" by virtue of s. 1(ae) *ab initio*. This is not the position taken by the Minister in these proceedings. The Minister relied upon s. 2(5) in order to reach the grandchildren. The grandchildren, not the parent J.B.H. Investments, possess the ultimate right and power to achieve by lawful means the full enjoyment of the property. That results in a dilemma that is difficult to resolve. The difficulty in the reasoning of the lower Courts is that such a construction of "beneficially entitled" leads ineluctably to the conclusion that s. 2(5) is superfluous and adds nothing to s. 1(ae).

In sum, the legal meaning of "beneficially entitled" is firmly imbedded in the concrete of earlier adjudication. However unenamoured one may be with the conduct of the testator in this case, I do not think it is open to this Court to jettison trust law and give a broad, non-technical meaning to the phrase "beneficially entitled", based upon (i) the supposed intent of the legislature to catch transactions of this nature or (ii) the proposition that one is beneficially entitled to property if at some time in the future he can exercise powers (not drawn from the will) by which he may ultimately acquire an interest in the property. Here the Court is not being asked to introduce words into the Act in

un droit à titre bénéficiaire sur le bien en cause en vertu de l'al. 1ae).

Si l'on revient au par. 2(5) et si on l'applique de nouveau, la compagnie mère est une compagnie qui n'a pas son siège social dans la province. Elle est «héritière» par l'intermédiaire de sa filiale. Vu l'effet combiné du par. 2(5) et de l'al. 1ae, comme je l'ai déjà expliqué, elle doit être réputée propriétaire bénéficiaire du bien. Par conséquent, son actionnaire «est réputé héritier» du bien.

Avec égards, rien dans cette loi ou dans quelque règle d'interprétation des lois que je connaisse n'autorise à remonter la chaîne des compagnies par l'application répétée du par. 2(5). C'est là la faille même de la Loi que le testateur a exploitée.

Si les cours d'instance inférieure ont raison et que l'expression «droit à titre bénéficiaire» se rattache à la personne qui a le droit d'utiliser et de jouir en dernier ressort du bien, il nous faut conclure, selon ce raisonnement, que les petits-enfants ont au départ un «droit à titre bénéficiaire» en vertu de l'al. 1ae). Ce n'est pas ce qu'a soutenu le Ministre. Il s'est fondé sur le par. 2(5) pour assujettir les petits-enfants. Les petits-enfants, et non la compagnie mère J.B.H. Investments, ont le droit et le pouvoir en dernier ressort d'obtenir légalement la pleine jouissance du bien. Il en résulte un dilemme difficile à résoudre. Le problème que pose le raisonnement adopté par les cours d'instance inférieure est que pareille interprétation de l'expression «droit à titre bénéficiaire» mène inévitablement à la conclusion que le par. 2(5) est superflu et n'ajoute rien à l'al. 1ae).

En somme, le sens juridique de l'expression «droit à titre bénéficiaire» est fermement appuyé par la jurisprudence existante. Quelque négative que soit l'opinion que l'on puisse avoir de la conduite du testateur en l'espèce, je ne pense pas qu'il soit loisible à la Cour de rejeter le droit des fiducies et de donner à l'expression «droit à titre bénéficiaire» un sens large et non technique fondé sur (i) l'intention présumée du législateur de viser les opérations de cette nature ou (ii) l'argument voulant qu'une personne ait un droit à titre bénéficiaire sur un bien si, à un moment donné dans le futur, elle peut exercer des pouvoirs (ne découlant pas du testament) lui permettant d'acquérir en

order to cure an ambiguity, but rather to introduce a new section to provide for a situation not captured by it. To do so would be tantamount to changing the rules after the game has been played.

IV

LIFTING THE CORPORATE VEIL

I think, however, it is proper for the Court to look not only at principles of trust law, but to those of corporate law. Principles of corporate law are of assistance in determining whether, by virtue of its ownership of all of the outstanding shares of J.G.C. Investments Ltd., J.B.H. Investments Ltd. can be said to be "beneficially entitled" to the assets of J.G.C. Investments Ltd.

Hart J. held that "beneficial entitlement" was used in its broadest sense; *i.e.*, the right ultimately to establish the exercise of the rights of ownership. On appeal, MacKeigan C.J.N.S. dealt with the judgment of Pennycuick J. in *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners, supra.* There, the question to be answered was whether a wholly-owned subsidiary (Securities) of a wholly-owned subsidiary (Group) of a parent company (London) was beneficially owned by the parent London.

Pennycuick J. held:

According to the legal meaning of the words, a company is not the beneficial owner of the assets of its own subsidiary. (at p. 260)

MacKeigan C.J.N.S. regarded that statement as (a) inapplicable and, (b) not quite accurate. A completely different statutory context and corporate scheme was involved in that case. In his view:

It seems to me apparent that a company may, depending on its make-up and status, become the beneficial owner of the assets of its subsidiary, and thus be beneficially entitled to them within the meaning of the latter phrase as used in the *Succession Duty Act.*

définitive un droit au bien. En l'espèce, on ne demande pas à la Cour d'introduire dans la Loi des mots propres à dissiper une ambiguïté, mais bien d'introduire un nouvel article pour régler une situation qu'elle n'a pas visée. Y accéder reviendrait à changer les règles une fois la partie terminée.

IV

SOULEVER LE VOILE DE LA COMPAGNIE

Je crois, cependant, que la Cour peut à bon droit tenir compte non seulement des principes du droit des fiducies, mais également de ceux du droit des compagnies. Les principes du droit des compagnies sont utiles pour déterminer si l'on peut dire que J.B.H. Investments Ltd., en tant que propriétaire de toutes les actions émises de J.G.C. Investments Ltd., a un «droit à titre bénéficiaire» sur les biens de J.G.C. Investments Ltd.

Le juge Hart a décidé que l'expression «droit à titre bénéficiaire» était utilisée dans son sens le plus large, c'est-à-dire, celui de faire valoir en dernier ressort les droits de propriété. En Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, le juge en chef MacKeigan a examiné le jugement du juge Pennycuick dans *Rodwell Securities Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, précité. La question à trancher était celle de savoir si la filiale à part entière (Securities) d'une filiale à part entière (Group) d'une compagnie mère (London) était la propriété bénéficiaire de la compagnie mère London.

Le juge Pennycuick a dit:

[TRADUCTION] Selon le sens juridique des mots, une compagnie n'est pas propriétaire bénéficiaire de l'actif de sa propre filiale. (à la p. 260)

Le juge en chef MacKeigan a considéré cet énoncé comme a) inapplicable et b) pas tout à fait exact. Un contexte législatif et une organisation des compagnies complètement différents étaient en cause dans cette affaire. Il a dit:

[TRADUCTION] Il me paraît évident qu'une compagnie peut, selon sa structure et son statut, devenir propriétaire bénéficiaire de l'actif de sa filiale, et par conséquent avoir un droit à titre bénéficiaire sur ceux-ci au sens où cette expression est employée dans la *Succession Duty Act.*

With respect, Pennycuick J. did not hold merely that London was not the beneficial owner of Securities. Nor did he simply hold that it was not the beneficial owner of the Group company. His finding did not turn on the interpretation of a statutory definition of "beneficial owner". Rather, he based his decision on the general principle that a company is not the beneficial owner of the assets of its own subsidiary:

> . . . the parent company may very well have a controlling interest right down the line, but does not own any of the assets of the subsidiaries. So here, although the London company plainly has a controlling interest in the Securities company, it does not own beneficially any of the assets of the Group company, including the shares in the Securities company. (at p. 260)

In his view, there was no indication in the statutory provision directing any construction of "beneficial owner" other than according to its legal meaning.

The other case directly referred to in the Courts below is *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*[27]. It illustrates a contrast in approach. There, a parent, Littlewoods, and its subsidiary, Fork, embarked on an elaborate scheme by which Fork acquired a freehold estate and Littlewoods made payments, in the form of rent. Lord Denning M.R. was not prepared to regard the rent paid as a business expense of Littlewoods. He held (at p. 860):

> I think that we should look at the Fork company and see it as it really is—the wholly-owned subsidiary of the taxpayers. It is the creature, the puppet, of the taxpayers in point of *fact*; and it should be so regarded in point of *law*. The basic fact here is that the taxpayers, through their wholly-owned subsidiary, have acquired a capital asset.

In *Littlewoods* the Court was concerned with the nature of the payment, rather than with a question of proprietary rights of a parent, in the assets of a subsidiary. Denning M.R. drew back the corporate veil in order to ascertain the nature of the rent payments made by the parent company. It is clear,

[27] [1969] 3 All E.R. 855.

Avec égards, le juge Pennycuick n'a pas simplement décidé que London n'était pas propriétaire bénéficiaire de Securities. Il n'a pas non plus simplement décidé qu'elle n'était pas propriétaire bénéficiaire de la compagnie Group. Sa conclusion n'est pas liée à l'interprétation d'une définition législative de l'expression «propriétaire bénéficiaire». Il a plutôt fondé sa décision sur le principe général qu'une compagnie n'est pas propriétaire bénéficiaire de l'actif de sa propre filiale:

> [TRADUCTION] . . . la compagnie mère peut fort bien avoir un contrôle total de ses filiales, mais elle n'est aucunement propriétaire de leur actif. Par conséquent, en l'espèce, bien qu'il soit évident que la compagnie London contrôle la compagnie Securities, elle n'est aucunement propriétaire bénéficiaire de l'actif de la compagnie Group, y compris des actions de la compagnie Securities. (à la p. 260)

A son avis, le texte de loi ne contenait aucune directive voulant que l'on donne à l'expression «propriétaire bénéficiaire» une interprétation différente de son sens juridique.

L'autre arrêt auquel se sont reportées les cours d'instance inférieure est *Littlewoods Mail Order Stores, Ltd. v. McGregor*[27]. Il illustre une approche différente. Dans cette affaire, une compagnie mère, Littlewoods, et sa filiale, Fork, ont mis au point un plan complexe en vertu duquel Fork a acquis un terrain que Littlewoods payait sous forme de loyer. Le maître des rôles lord Denning a refusé de considérer le loyer versé comme une dépense d'exploitation de Littlewoods. Il a décidé à la p. 860:

> [TRADUCTION] Je suis d'avis que nous devons regarder la compagnie Fork et voir ce qu'elle est en réalité—la filiale à part entière du contribuable. Elle est la création, la marionnette du contribuable dans les *faits* et devrait être considérée comme telle en *droit*. Fondamentalement, le contribuable, par l'intermédiaire de sa filiale à part entière, a acquis un bien en immobilisation.

Dans l'affaire *Littlewoods*, le problème soumis à la Cour portait sur la nature du paiement, plutôt que sur les droits de propriété d'une compagnie mère sur les biens d'une filiale. Le maître des rôles Denning a soulevé le voile de la compagnie afin de déterminer la nature des paiements de loyer effec-

[27] [1969] 3 All E.R. 855.

though, that since the Court viewed a portion of the rents paid as being on account of capital acquisition, the further inference is that the parent would own the property of the subsidiary, on termination of the lease.

Notwithstanding the views of Lord Denning M.R. as expressed above, the general and unquestioned principle of law is that a shareholder has no proprietary interest in the assets of a company in which he holds shares, otherwise than upon a winding-up.

Bank voor Handel en Scheepvaart v. Slatford and another[28] contains a useful discussion on this very point. Citing *Salomon v. Salomon*[29], and other cases, Devlin J. affirmed the principle that the assets of a company are not the assets of its shareholders. The cases relied upon: *Macaura v. Northern Assurance Co.*[30]; *E.B.M. Co. Ltd. v. Dominion Bank*[31]; *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Birtain) Ltd.*[32] He accepted as correct a statement by the Permanent Court of International Justice, in *Standard Oil Co.'s Claim*[33], at p. 162:

> ... the decisions of principle of the highest courts of most countries continue to hold that neither the shareholders nor their creditors have any right to the corporate assets other than to receive, during the existence of the company, a share of the profits, the distribution of which has been decided by a majority of the shareholders, and, after its winding-up, a proportional share of the assets.

Devlin J. had no doubt that courts can violate principles of company law in considering relationships between corporate entities. But he would require statutory language which permits or enables a court to do so:

> No doubt, the legislature can forge a sledgehammer capable of cracking open the corporate shell, and it can,

[28] [1951] 2 All E.R. 779.
[29] [1897] A.C. 22.
[30] [1925] A.C. 619.
[31] [1937] 3 All E.R. 555.
[32] [1916] 2 A.C. 307.
[33] [1927] B.Y. Int'l L. 156.

tués par la compagnie mère. Il est clair, cependant, que puisque la cour a considéré qu'une partie des loyers avait été payée pour acquérir un bien en immobilisation, il faut en déduire aussi que la compagnie mère deviendrait propriétaire du terrain de la filiale à l'expiration du bail.

Malgré cette opinion du maître des rôles lord Denning, le principe de droit général et incontestable est qu'un actionnaire n'a pas de droit de propriété sur les biens d'une compagnie dont il détient des actions, sauf en cas de liquidation.

L'arrêt *Bank voor Handel en Scheepvaart v. Slatford and another*[28] contient une étude utile de cette question. Renvoyant à l'arrêt *Salomon v. Salomon*[29], et à d'autres décisions, le juge Devlin a confirmé le principe voulant que les biens d'une compagnie ne sont pas les biens de ses actionnaires. Voici les décisions sur lesquelles il s'est fondé: *Macaura v. Northern Assurance Co.*[30]; *E.B.M. Co. Ltd. v. Dominion Bank*[31]; *Daimler Co. Ltd. v. Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.*[32]. Il a ensuite reconnu comme exact un énoncé de la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt *Standard Oil Co.'s Claim*[33], à la p. 162:

> [TRADUCTION] ... les arrêts de principe des plus hauts tribunaux de la plupart des pays statuent toujours que ni les actionnaires ni les créanciers n'ont de droit sur les biens de la compagnie si ce n'est celui de recevoir, pendant son existence, une part des profits, dont la distribution a été décidée par une majorité des actionnaires, et, lors de la liquidation, une part proportionnelle des biens.

Le juge Devlin n'avait aucun doute que les tribunaux peuvent déroger aux principes du droit des compagnies lorsqu'ils examinent les liens existant entre des compagnies. Il faudrait cependant, selon lui, qu'un texte législatif autorise un tribunal à agir ainsi:

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le législateur peut créer un outil capable de percer la coquille de la

[28] [1951] 2 All E.R. 779.
[29] [1897] A.C. 22.
[30] [1925] A.C. 619.
[31] [1937] 3 All E.R. 555.
[32] [1916] 2 A.C. 307.
[33] [1927] B.Y. Int'l L. 156.

if it chooses, demand that the courts ignore all the conceptions and principles which are at the root of company law, but the phrase "belonging to or held or managed on behalf of" is too mild a weapon for that purpose. (at p. 799)

The *Macaura* case, *supra*, is cited by the appellants herein. There, the appellant owned a sizeable estate, on which he held five insurance policies against fire on timber and wood products. He assigned the interest in the timber to a company, in which he held virtually all the shares. He was the shareholder and creditor of the company at the time there was a fire. The House of Lords held he had no insurable interest, as shareholder, in the assets of the company. Lord Buckmaster held:

Now, no shareholder has any right to any item of property owned by the company, for he has no legal or equitable interest therein. He is entitled to a share in the profits while the company continues to carry on business and a share in the distribution of the surplus assets when the company is wound up. (at p. 626)

Lord Sumner stated, equally as clearly:

He stood in no "legal or equitable relation to" the timber at all. He had no "concern in" the subject insured. His relation was to the company, not to its goods . . . (at p. 630)

Lord Wrenbury agreed:

. . . the corporator even if he holds all the shares is not the corporation, and that neither he nor any creditor of the company has any property legal or equitable in the assets of the corporation. (at p. 633)

In this Court, in the case of *Army and Navy Department Store Ltd. v. M.N.R.*[34], Cartwright J. stated in his concurring reasons that, "With the greatest respect for those who hold the contrary view, I do not think that shareholders, either individually or collectively, have any ownership direct or indirect in the property of the company in which they hold shares." (at p. 511)

[34] [1953] 2 S.C.R. 496.

compagnie, et peut, à son gré, exiger que les tribunaux ne tiennent pas compte de tous les concepts et principes qui sont à base du droit des compagnies, mais l'expression «appartenant à ou détenu ou géré au nom de» est une arme insuffisante pour atteindre cet objectif. (à la p. 799)

Les appelants renvoient à l'arrêt *Macaura*, précité. L'appelant était propriétaire d'un vaste terrain sur lequel il détenait cinq polices d'assurance contre l'incendie du bois d'œuvre et produits du bois. Il a nommé comme bénéficiaire une compagnie dont il détenait virtuellement toutes les actions. Il était actionnaire et créancier de la compagnie lorsqu'il y eut un incendie. La Chambre des lords a décidé qu'il n'avait pas d'intérêt assurable, à titre d'actionnaire, sur les biens de la compagnie. Lord Buckmaster a dit:

[TRADUCTION] Nul actionnaire n'a de droit sur un bien appartenant à la compagnie, car il n'a aucun droit à titre de propriétaire ou de bénéficiaire à cet égard. Il a droit à une part des profits tant que la compagnie fait affaire et à une part lors de la répartition du solde des biens lorsque la compagnie est liquidée. (à la p. 626)

Lord Sumner a dit, tout aussi clairement:

[TRADUCTION] Il n'avait aucun «lien à titre de propriétaire ou de bénéficiaire avec» le bois d'œuvre. Il n'avait pas «d'intérêt dans» l'objet assuré. Il avait un lien avec la compagnie, non avec les biens de celle-ci . . . (à la p. 630)

Lord Wrenbury s'est dit d'accord:

[TRADUCTION] . . . l'actionnaire, même s'il détient toutes les actions, n'est pas la compagnie; ni lui ni aucun créancier de la compagnie n'a de droit à titre de propriétaire ou de bénéficiaire sur les biens de la compagnie. (à la p. 633)

Dans l'arrêt de cette Cour *Army and Navy Department Store Ltd. c. M.R.N.*[34], le juge Cartwright a dit, dans des motifs concordants, que [TRADUCTION] «avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je ne crois pas que les actionnaires, seuls ou collectivement, aient de droit de propriété, direct ou indirect, sur les biens de la compagnie dont ils détiennent des actions.» (à la p. 511)

[34] [1953] 2 R.C.S. 496.

The authors of Fraser & Stewart, *Company Law of Canada*, 5th ed., 1962, make the point (at p. 20) that the distinction between a company and its shareholders is equally applicable where a company is a subsidiary of another company, and that a company and its wholly-owned subsidiary are separate and distinct legal entities, citing Cohen L.J. in *Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Area Licensing Authority*[35], at p. 370:

> Under the ordinary rules of law, a parent company and a subsidiary company, even a hundred per cent subsidiary company, are distinct legal entities, and in the absence of an agency contract between the two companies one cannot be said to be the agent of the other.

Professor Gower in *Modern Company Law*, 4th ed., at pp. 123 *et seq.* details exceptional cases in which the courts have felt themselves able to ignore the corporate entity and treat the individual shareholders as entitled to its property. These are grouped under headings such as agency, trust (but not in the sense that a company holds its property on trust for its members *qua* members), fraud or improper conduct, public policy, quasi-criminal cases and group enterprises. There is no hard evidence of agency nor was agency argued before this Court. The present transaction does not fit easily into any of the other categories mentioned. See also *Palmer's Company Law*, 22nd ed., vol. 1, paras. 18-22, 18-23.

Generally speaking, in the absence of fraud or improper conduct the courts cannot disregard the separate existence of a corporate entity; see *Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*[36]. There have been a number of helpful articles written respecting the lifting of the corporate veil in Canadian tax law: "Lifting the Corporate Veil in Canadian Income Tax Law" by Tamaki (1961-62) 8 McGill L.J. 159; "Taxation and the Corporate Veil" by Mitchell (1966) 14

[35] [1951] 2 K.B. 366 (C.A.).
[36] [1938-39] C.T.C. 411 (P.C.).

Fraser et Stewart, dans leur ouvrage *Company Law of Canada* (5e éd.) (1962) soulignent (à la p. 20) que la distinction établie entre une compagnie et ses actionnaires s'applique également entre une compagnie mère et sa filiale et qu'une compagnie et sa filiale à part entière sont des entités juridiques distinctes. Ils renvoient à ce sujet à l'arrêt *Ebbw Vale Urban District Council v. South Wales Traffic Area Licensing Authority*[35], à la p. 370 où le lord juge Cohen a dit:

> [TRADUCTION] Selon les principes juridiques ordinaires, une compagnie mère et sa filiale, même une filiale à cent pour cent, constituent des entités juridiques distinctes et, en l'absence d'un contrat de mandat entre elles, on ne peut dire de l'une qu'elle est mandataire de l'autre.

Le professeur Gower dans son ouvrage *Modern Company Law* (4e éd.) aux pages 123 et suiv. fait mention de cas exceptionnels où les tribunaux se sont sentis autorisés à écarter la personnalité juridique de la compagnie et à considérer que les actionnaires individuels avaient droit aux biens de celle-ci. Ces cas sont groupés sous des rubriques tels le mandat, la fiducie (mais non dans le sens où une compagnie détient ses biens en fiducie pour ses membres à ce titre), la fraude ou la conduite malhonnête, l'intérêt public, les affaires quasi-criminelles et les entreprises groupées. On n'a pas apporté de preuves d'un mandat ni fait valoir devant cette Cour l'existence d'un mandat. L'opération en cause ne peut facilement être classée dans l'une des autres catégories mentionnées. Voir aussi *Palmer's Company Law* (22e éd.) vol. 1, par. 18-22 et 18-23.

Règle générale, en l'absence de fraude ou de conduite malhonnête, les tribunaux ne peuvent écarter l'existence juridique distincte d'une compagnie: voir *Pioneer Laundry and Dry Cleaners Ltd. v. Minister of National Revenue*[36]. Il existe plusieurs articles utiles sur la possibilité de soulever le voile de la compagnie en droit fiscal canadien: "Lifting the Corporate Veil in Canadian Income Tax Law" par Tamaki (1961-62) 8 McGill L.J. 159; "Taxation and the Corporate Veil" par Mit-

[35] [1951] 2 K.B. 366 (C.A.).
[36] [1938-39] C.T.C. 411 (P.C.).

Can. Tax J. 534; "Lifting the Corporate Veil: Legislative and Judicial Incursions for Income Tax Purposes" by Drache (1977) 29 Tax Conference Report 673; "The Corporate Veil in Tax Law" by Durnford (1979) 27 Can. Tax J. 282.

The Minister placed emphasis upon locus of benefit and ultimate control rather than upon initial or intermediate locus of receipt. The Court is invited to disregard the corporate arrangements, although the authority for doing so is not specified. The essence of the argument and the decision of the Appeal Division is that a shareholder can beneficially own, and therefore be beneficially entitled to, the assets (or right to acquire assets) of the corporation in which he holds shares. With respect, shareholding control does not give beneficial ownership of corporate assets nor beneficial entitlement thereto.

There is a tendency to think loosely in terms of a parent owning the assets of its wholly-owned subsidiary but that is not so in law. No one would suggest that a person owning 100 shares of Canadian Pacific is the owner of, or has a beneficial interest in, the assets of Canadian Pacific. No distinction can be made in principle between ownership of 100 shares in a major corporation and ownership of all of the issued shares in a small company. In neither case does the shareholder own any asset other than shares. And the situation is unaffected by the fact that one or more shareholders may have voting control and thereby be in a position to acquire the assets or a portion thereof on wind-up, or upon a distribution of assets other than on wind-up. If shareholders are beneficially entitled to the property of a corporation in which they hold shares, then s. 2(5) would not have been necessary.

It is fundamental that a company as a body corporate is in contemplation of law an entity separate and distinct from shareholders who compose it. The principle of *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, *supra*, is still very much part of our law and in general the courts have rigidly applied it.

chell (1966) 14 Can. Tax J. 534; "Lifting the Corporate Veil: Legislative and Judicial Incursions for Income Tax Purposes" par Drache (1977) 29 Tax Conference Report 673; "The Corporate Veil in Tax Law" par Durnford (1979) 27 Can. Tax J. 282.

Le Ministre a insisté sur le lieu qui est avantagé et qui contrôle en dernier ressort plutôt que sur le lieu de réception initiale ou intermédiaire. On demande à la Cour d'écarter l'organisation des compagnies, sans spécifier sur quel pouvoir elle peut s'appuyer pour le faire. L'essence de l'argument et de l'arrêt de la Division d'appel est qu'un actionnaire peut être propriétaire bénéficiaire de l'actif de la compagnie dans laquelle il détient des actions (ou du droit de l'acquérir), et donc d'y avoir un droit à titre bénéficiaire. Avec égards, le contrôle exercé par un actionnaire n'emporte pas la propriété bénéficiaire de l'actif de la compagnie ni de droit à titre bénéficiaire sur celui-ci.

On tend généralement à croire qu'une compagnie mère est propriétaire de l'actif de sa filiale à part entière, mais ce n'est pas vrai en droit. Personne ne prétendrait que quelqu'un qui est propriétaire de 100 actions du Canadien Pacifique est propriétaire de son actif ou a un droit à titre bénéficiaire sur celui-ci. On ne peut établir de distinctions de principe entre la propriété de 100 actions d'une compagnie importante et la propriété de toutes les actions émises d'une petite compagnie. Dans un cas comme dans l'autre, l'actionnaire n'est propriétaire d'aucun autre bien que des actions. Il importe peu qu'un ou plusieurs actionnaires aient un contrôle majoritaire leur permettant d'acquérir l'actif ou une partie de celui-ci à la liquidation ou à l'occasion d'une répartition des biens autre qu'une liquidation. Si les actionnaires avaient un droit à titre bénéficiaire sur les biens d'une compagnie dont ils détiennent des actions, le par. 2(5) n'aurait pas été nécessaire.

Il est fondamental qu'une compagnie en tant que corps constitué soit du point de vue juridique une entité distincte des actionnaires qui la compose. Le principe énoncé dans l'arrêt *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.*, précité, fait toujours partie intégrante de notre droit et les tribunaux l'ont en général appliqué strictement.

It would appear, therefore, that not even by principles of company law can J.B.H. Investments Ltd. be regarded as beneficial owner of the assets of J.G.C. Investments Ltd. With respect, I think the lower Courts were clearly wrong in law in misapprehending the meaning of beneficial entitlement and in confusing concepts of control and ownership. Thus, the Court of Appeal was able to say that control sufficient to enable J.G.H. Investments Ltd. ultimately to compel transfer of estate assets to it, satisfied the s. 2(5) standard of beneficial entitlement.

V

SHAM

I come finally to the question of "sham". Although sham was not alleged by the Minister, it none the less warrants some consideration. I think it must be kept uppermost in mind that the legislation here under consideration contains no provisions which introduce a statutory concept of sham, fraud, improper tax avoidance or illegal transactions for the purpose of succession duty. In contrast, see Part XVI of the *Income Tax Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 63, entitled "Tax Evasion".

It is also plain that appellants do not fit the conventional "sham" standard of a transaction purporting to create apparent legal rights and obligations which are at variance with the legal relationships which in fact characterize the arrangement. There is here no subterfuge. The documents were intended to be acted upon. They were not used as a cloak to conceal a different transaction. They did not create between the parties legal rights and obligations different from the rights and obligations which the parties intended to create. There is no camouflaging of the rights or obligations of either J.B.H. Investments Ltd. or J.G.C. Investments Ltd.

In the Nova Scotia Courts, Mr. Justice Hart, in his reasons for judgment said:

I do not believe the Court has any right to set aside *bona fide* transactions obviously designed for the avoid-

Même en vertu des principes du droit des compagnies, il appert qu'on ne peut donc pas considérer J.B.H. Investments Ltd. comme propriétaire bénéficiaire de l'actif de J.G.C. Investments Ltd. Avec égards, je suis d'avis que les cours d'instance inférieure ont manifestement commis une erreur de droit en interprétant mal le sens de droit à titre bénéficiaire et en confondant les concepts de contrôle et de propriété. Ainsi, la Cour d'appel a pu dire qu'un contrôle suffisant pour permettre à J.G.H. Investments Ltd. d'exiger le transfert des biens de la succession, satisfaisait au critère du droit à titre bénéficiaire énoncé au par. 2(5).

V

LA SIMULATION

Je me penche enfin sur la question de la «simulation». Quoique le Ministre n'ait pas prétendu qu'il y ait eu simulation, cette question doit tout de même être examinée. Je crois qu'il ne faut surtout pas oublier que la loi en cause en l'espèce ne contient aucune disposition qui y introduit la notion de simulation, de fraude, d'évasion fiscale illégale ou d'opération illégale en ce qui concerne les droits successoraux. Voir par opposition la Partie XVI de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, 1970-71-72 (Can.), chap. 63, qui porte le titre d'«Évasion fiscale».

Il est clair également que l'organisation des appelants ne cadre pas avec le critère traditionnel d'une opération «simulée» aux fins de créer des droits et des obligations apparents qui ne correspondent pas aux liens juridiques qui caractérisent en fait l'organisation. Il n'y a pas de subterfuge en l'espèce. On avait l'intention de donner suite aux documents. Ils n'ont pas été utilisés pour dissimuler une opération différente. Ils n'ont pas créé entre les parties de droits et d'obligations différents de ceux que les parties avaient l'intention de créer. On n'a pas cherché à camoufler les droits ou obligations de J.B.H. Investments Ltd. ni de J.G.C. Investments Ltd.

En Nouvelle-Écosse, le juge Hart, dans ses motifs de jugement, a dit:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que la Cour ait le droit d'écarter des opérations faites de bonne foi qui visent

ance of tax on the ground that they are artificial and designed to minimize or avoid payment of tax. The jurisprudence which has arisen around the provisions of Part 16 ... does not apply here since those provisions are not contained in the Nova Scotia *Succession Duty Act*. The argument of the Crown that the scheme of distribution adopted by Colonel MacKeen was patently designed to avoid the provisions of the Act and that the Court should therefore interpret the Act so as to catch the taxpayer must fail.

I do not see, on the record, any indication that an appeal was taken from the finding of Hart J. on this issue.

The *McCreath* case (*Minister of Revenue for Ontario v. McCreath*[37]) was cited in argument and in the Courts below. The question there was whether a settlor had retained an interest in settled property so as to disentitle the property to an exemption under *The Succession Duty Act* of Ontario. That was a different case. The donor sought to create the impression through the language of the gifting instrument that she had disposed wholly and irrevocably of the subject-matter of the gift. The Court held that the degree of control retained defeated characterization of the transaction as a gift.

CONCLUSION

Applying the statutory language to the facts, I can only conclude that the transaction in the case at bar does not fall within the words of s. 2(5) in such manner that the twelve grandchildren are deemed to be successors to the property of the deceased. On the legal meaning of the words of s. 2(5) of the Act, J.B.H. Investments Ltd. is the deemed successor and has no liability for tax under s. 8(2) because it is not resident in Nova Scotia. The grandchildren are not successors and therefore are not liable for duty under s. 8(2) of the Act. One would have to travel beyond the words of the Act to find otherwise.

[37] [1977] 1 S.C.R. 2.

manifestement à éviter le paiement de l'impôt au motif qu'elles sont artificielles et qu'elles cherchent à minimiser ou éviter le paiement de l'impôt. La jurisprudence qui porte sur les dispositions de la Partie 16 ... ne s'applique pas ici puisque ces dispositions ne se retrouvent pas dans la *Succession Duty Act* de la Nouvelle-Écosse. Il faut rejeter l'argument de Sa Majesté que, comme le plan de répartition adopté par le colonel MacKeen a manifestement pour but d'éviter l'application de la Loi, la Cour devrait interpréter la Loi de façon à assujettir le contribuable à l'impôt.

Je ne trouve, dans le dossier, aucune indication que l'on ait interjeté appel de la conclusion du juge Hart sur cette question.

On a cité l'affaire *McCreath* (*Ministre du Revenu de l'Ontario c. McCreath*[37]) en plaidoirie et devant les tribunaux d'instance inférieure. La question qui s'y posait était celle de savoir si la constituante s'était réservée un droit sur les biens faisant l'objet de la donation de façon à les exclure d'une exemption prévue à *The Succession Duty Act* de l'Ontario. C'était là une affaire différente. La donatrice avait cherché à donner l'impression par les termes de la donation qu'elle avait disposé totalement et irrévocablement des biens faisant l'objet de la donation. La Cour a décidé qu'elle s'était réservée un contrôle suffisant pour empêcher de considérer l'opération comme une donation.

LA CONCLUSION

Si j'applique le texte de loi aux faits, je ne peux que conclure que l'opération en l'espèce n'est pas visée par les termes du par. 2(5) de façon à ce que les douze petits-enfants soient réputés héritiers des biens du défunt. Selon le sens qu'ont les termes du par. 2(5) en droit, J.B.H. Investments Ltd. est réputée héritière et n'est pas assujettie à l'impôt prélevé par le par. 8(2) parce qu'elle n'a pas son siège social en Nouvelle-Écosse. Les petits-enfants ne sont pas héritiers et, par conséquent, ne sont pas assujettis au par. 8(2) de la Loi. Il faudrait s'aventurer au-delà des termes de la Loi pour conclure différemment.

[37] [1977] 1 R.C.S. 2.

This is consistent with the approach of Lord Simon of Glaisdale in *Ransom v. Higgs*[38], at p. 94:

But for the Courts to try to stretch the law to meet hard cases . . . is not merely to make bad law but to run the risk of subverting the rule of law itself. Disagreeable as it may seem that some taxpayers should escape what might appear to be their fair share . . . it would be far more disagreeable to substitute the rule of caprice for that of law.

The answer I would give to the first question makes it unnecessary to consider the second question which was asked, namely, whether or not s. 2(5) is *ultra vires* the powers of the Legislature of Nova Scotia.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia and the assessment of the twelve grandchildren of the deceased Roy A. Jodrey under the *Act Respecting Succession Duties* of Nova Scotia. The appellants are entitled to costs in all Courts.

Appeal dismissed with costs, RITCHIE, DICKSON *and* MCINTYRE JJ. *dissenting.*

Solicitors for the plaintiffs, appellants: R. N. Pugsley and J. T. MacQuarrie, Halifax.

Solicitor for the defendant, respondent: T. B. Smith, Ottawa.

[38] (1974), 50 T.C. 1.

Cette conclusion est d'ailleurs conforme à la façon d'aborder la question adoptée par lord Simon of Glaisdale dans l'arrêt *Ramson v. Higgs*[38], à la p. 94:

[TRADUCTION] Mais pour les tribunaux, chercher à étendre la loi pour faire face à ces cas difficiles . . . non seulement, c'est faire du mauvais droit mais c'est aussi courir le risque de miner la règle de droit elle-même. Quelque déplaisant qu'il puisse paraître que certains contribuables échappent à ce qui semblerait être leur part du fardeau . . . il serait beaucoup plus désagréable de substituer la règle de l'arbitraire à la règle de droit.

La conclusion à laquelle je suis arrivé quant à la première question rend superflu d'étudier la seconde, savoir, si le par. 2(5) excède la compétence de la législature de la Nouvelle-Écosse.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et la cotisation des douze petits-enfants de feu Roy A. Jodrey en vertu de l'*Act Respecting Succession Duties* de la Nouvelle-Écosse. Les appelants ont droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges RITCHIE, DICKSON *et* MCINTYRE *étant dissidents.*

Procureurs des demandeurs, appelants: R. N. Pugsley et J. T. MacQuarrie, Halifax.

Procureurs du défendeur, intimé: T. B. Smith, Ottawa.

[38] (1974), 50 T.C. 1.

Claribell Blanco (Respondent in Court of Appeal, applicant in Superior Court) *Appellant*;

and

Rental Commission (Mis en cause in Court of Appeal and Superior Court) *Respondent*;

and

Paxmill Corporation (Appellant in Court of Appeal and respondent in Superior Court) *Mis en cause.*

1980: May 7; 1980: October 7.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Rental Commission — Eviction for habitual late payment of rent — Excess of jurisdiction — Writ of evocation — Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, 1950-51 (Qué.), c. 20 as amended, ss. 17, 25(a) and (b) — Code of Civil Procedure, art. 846.

The mis en cause, Paxmill Corporation, applied to the administrator of the Rental Commission for eviction of its tenant, appellant Blanco. Its application was based on paras. (*a*) and (*b*) of s. 25 of the *Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners* (the "*Conciliation Act*"). As appellant had paid all the rent she owed before the application was heard before the administrator, the argument based on para. (*a*), namely non-payment of rent, was conceded. However, the administrator considered the habitual late payment of rent (twelve N.S.F. cheques in a twenty-four-month period) to be "behaviour on the leased premises" which, under para. (*b*), justified eviction of the tenant. The decision of the Rental Commission, upholding that of the administrator, was homologated by the Provincial Court. Appellant then obtained leave from the Superior Court for a writ of evocation to be issued against this decision. The Court of Appeal reversed this judgment, holding that there had been no excess of jurisdiction by the Commission. Hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

The principles applicable to the supervisory power of the Superior Court in relation to a privative clause, such as s. 17 of the *Conciliation Act*, are well established and have been approved by the courts. Though the adminis-

Claribell Blanco (Intimée en Cour d'appel, requérante en Cour supérieure) *Appelante*;

et

Commission des loyers (Mise en cause en Cour d'appel et en Cour supérieure) *Intimée*;

et

Paxmill Corporation (Appelante en Cour d'appel et intimée en Cour supérieure *Mise en cause.*

1980: 7 mai; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Commission des loyers — Eviction pour retard systématique dans le paiement du loyer — Excès de juridiction — Bref d'évocation — Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, 1950-51 (Qué.), chap. 20 et modifications, art. 17, 25a) et b) — Code de procédure civile, art. 846.

La mise en cause, Paxmill Corporation, s'est adressée à l'administrateur des loyers pour obtenir l'éviction de son locataire, l'appelante Blanco. Sa demande était fondée sur les al. *a*) et *b*) de l'art. 25 de la *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires* («*Loi de conciliation*»). L'appelante ayant payé tous ses loyers dûs avant l'audition de la requête devant l'administrateur, le motif fondé sur l'al. *a*), soit le non-paiement du loyer, fut abandonné. Toutefois, l'administrateur considéra le retard systématique dans le paiement du loyer (douze chèques sans provision au cours d'une période de vingt quatre mois) comme «un comportement sur les lieux loués» qui justifiait, par l'application de l'al. *b*), l'éviction de la locataire. La décision de la Commission des loyers, maintenant celle de l'administrateur, fut homologuée par la Cour provinciale. L'appelante obtint alors une autorisation de la Cour supérieure pour l'émission d'un bref d'évocation à l'encontre de cette décision. La Cour d'appel infirma ce jugement, considérant qu'il n'y avait pas eu excès de juridiction de la part de la Commission. D'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les principes qui régissent le pouvoir de surveillance de la Cour supérieure face à une clause privative, comme celle de l'art. 17 de la *Loi de conciliation*, sont bien établis et ils ont été sanctionnés par la jurispru-

trator and the Rental Commission may err in the exercise of their jurisdiction, they may not, by a mistaken interpretation of the law, appropriate jurisdiction which they do not have or decline that which they do have. In the case at bar, by misinterpreting s. 25, they assumed a jurisdiction which is denied to them by law. Paragraph (*b*) of s. 25 is the provision of the *Conciliation Act* relating to the payment of rent. If a tenant has paid his rent before the hearing, the administrator has no discretion: he cannot cancel the lease. The purpose of the legislator must of necessity have been different in para. (*b*), in which he conferred on the administrator a power of appreciation, that is, the right to decide whether the tenant's behaviour on the leased premises constituted a serious source of annoyance to the owner. Delay in the payment of rent cannot legally be equivalent to such behaviour. By means of this incorrect interpretation, the administrator and the Commission assumed a power to cancel the lease on a ground of eviction which is not contained in the Act, and which they created out of thin air: that of repeated, frequent or systematic delays in the payment of rent.

Jarvis v. Associated Medical Services Inc., [1964] S.C.R. 497; *Commission des Relations de Travail du Québec v. L'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] S.C.R. 466; *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec v. Distribution Kinéma Ltée*, [1977] C.A. 308, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], setting aside a judgment of the Superior Court authorizing issuance of a writ of evocation. Appeal allowed.

Zyskind Finkelstein and *Dida Berku*, for the appellant.

Robert Monette and *Paule Lafontaine*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—The Court must decide whether the Rental Commission erred in law and exceeded its jurisdiction by interpreting as indicated below paras. (*a*) and (*b*) of s. 25 of the *Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners*, 1950-51 (Que.), c. 20 as amended (the "*Conciliation Act*"):

[1] [1978] C.A. 204.

dence. Si l'administrateur et la Commission des loyers peuvent errer dans l'exercice de leur juridiction, ils ne peuvent, par une interprétation erronée de la loi, s'approprier une compétence qu'ils n'ont pas ou décliner celle qu'ils possèdent. Or, en l'espèce, en interprétant erronément l'art. 25, ils se sont attribués une juridiction que la loi leur refuse. L'alinéa *b*) de l'art. 25 est la seule disposition de la *Loi de conciliation* relative au paiement du loyer. Si le locataire a payé son loyer avant l'audition, l'administrateur ne jouit d'aucune discrétion: il ne peut résilier le bail. C'est nécessairement autre chose que le législateur vise à l'al. *b*) où il confère à l'administrateur un pouvoir d'appréciation, soit la faculté de juger si le comportement du locataire sur les lieux loués constitue une source sérieuse de tracasserie pour le propriétaire. Le retard à payer le loyer ne peut légalement équivaloir à un tel comportement. Par le biais de cette interprétation erronée, l'administrateur et la Commission des loyers se sont attribués le pouvoir de résilier le bail pour un motif d'éviction qui ne se trouve pas dans la Loi et qu'ils créent de toutes pièces: celui des retards répétés, fréquents ou systématiques dans le paiement du loyer.

Jurisprudence: *Jarvis c. Associated Medical Services Inc.*, [1964] R.C.S. 497; *Commission des Relations de Travail du Québec c. l'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*, [1969] R.C.S. 466; *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec c. Distribution Kinéma Ltée*, [1977] C.A. 308.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui avait infirmé le jugement de la Cour supérieure autorisant l'émission d'un bref d'évocation. Pourvoi accueilli.

Zyskind Finkelstein et *Dida Berku*, pour l'appelante.

Robert Monette et *Paule Lafontaine*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il faut décider si la Commission des loyers a erré en droit et excédé sa juridiction en interprétant comme il est indiqué plus bas les al. *a*) et *b*) de l'art. 25 de la *Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires*, 1950-51 (Qué.), chap. 20 et modifications (la «*Loi de conciliation*»):

[1] [1978] C.A. 204.

25. The administrator must cancel the lease and allow the eviction of the lessee if one of the following facts is proved to him:

(*a*) that the lessee is more than three weeks in arrears in the payment of his rent and the said rent has not been paid prior to hearing before the administrator;

(*b*) that the lessee, a member of his family or any other person under his control or living with him behaves on the leased premises in such a way as to constitute, in the opinion of the administrator, a serious source of annoyance to the owner or to the neighbors;

. . .

The facts are not in dispute. They are set forth in appellant's factum, which is admitted by respondent on this point.

Appellant was, at all times relevant hereto, a single mother living on welfare and lessee occupying the residential premises bearing civic number 3718 Park Ave., in the city and district of Montreal, Province of Quebec, in virtue of a written lease which commenced on the 1st of June, 1974 and terminated the 30th June, 1976, which lease was renewed by the rental administrator until June 30th, 1977 at the monthly rental of $205.00.

Mis-en-cause Lessor was at all times relevant hereto owner of the said leased premises. Mis-en-cause applied to the administrator of the Rental Commission requesting cancellation of the lease and the eviction of Appellant, based on paragraphs (a) and (b) of section 25 of the Act to Promote Conciliation between Lessees and Property Owners, S.Q. 1950-51 c. 20 as amended, hereinafter referred to as the Act to Promote Conciliation.

At the hearing, it was established that Appellant had paid all the rent due, prior to the hearing before the administrator and consequently the grounds for eviction under paragraph (a) of section 25 were no longer applicable and were therefore abandoned by the lessor.

The administrator then proceeded to allow proof regarding the lessee's pattern of rental payment. The only proof made consisted of the production of a series of twelve (12) N.S.F. cheques given to the lessor by the tenant over a period of 24 months.

The administrator was of the opinion that the lessee's habitual late payment of rent constituted a serious source of prejudice to the lessor, in virtue of section 25 (b) of the Act to Promote Conciliation. Thus, the administrator revoked the prolongation of the lease and permitted the lessor to evict the lessee . . .

25. L'administrateur doit résilier le bail et permettre l'éviction du locataire si l'un des faits suivants lui est démontré:

a) que le locataire est en retard de plus de trois semaines dans le paiement de son loyer et que ledit loyer n'a pas été payé avant l'audition tenue devant l'administrateur;

b) que le locataire, un membre de sa famille ou quelque autre personne sous son contrôle ou habitant avec lui se comporte sur les lieux loués de façon à constituer au jugement de l'administrateur, une source sérieuse de tracasseries pour le propriétaire ou pour les voisins;

. . .

Les faits ne sont pas contestés. On en trouve l'exposé au mémoire de l'appelante qui sur ce point est admis par l'intimée.

[TRADUCTION] L'appelante était, à l'époque en cause, une mère célibataire qui vivait d'allocations de bien-être et qui occupait, à titre de locataire, un appartement sis au numéro 3718, avenue du Parc, ville et district de Montréal (Québec), en vertu d'un bail écrit entré en vigueur le 1er juin 1974 et expiré le 30 juin 1976, lequel bail a été renouvelé par l'administrateur des loyers jusqu'au 30 juin 1977 pour un loyer mensuel de $205.

Le locateur mis-en-cause étant, à l'époque en cause, propriétaire desdits lieux loués. Il s'est adressé à l'administrateur de la Commission des loyers pour demander la résiliation du bail et l'éviction de l'appelante, se fondant sur les alinéas 25*a*) et *b*) de la Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, S.Q. 1950-51 chap. 20 et modifications, ci-après la Loi de conciliation.

Il a été établi à l'audience que l'appelante avait payé tout le loyer dû, avant l'audience tenue devant l'administrateur. Par conséquent, le motif d'éviction prévu à l'alinéa 25*a*) n'était plus applicable et a été abandonné par le locateur.

L'administrateur a alors permis qu'on lui présente une preuve concernant la manière dont l'appelante payait son loyer. La seule preuve consistait en douze (12) chèque sans provision que la locataire avait remis au locateur sur une période de 24 mois.

L'administrateur a exprimé l'avis que les retards fréquents de la locataire à payer son loyer constituaient une source importante de tracasseries pour le bailleur au sens de l'alinéa 25*b*) de la Loi de conciliation. Il a donc révoqué la prolongation du bail et a permis au locateur d'évincer la locataire . . .

Appellant appealed the said decision to the Rental Commission which, by judgment dated April 13, 1977, rejected said appeal and maintained the decision of the administrator on the grounds that "in the eyes of the Commission", the lessee's constant late payment of rent constituted a sufficient ground for eviction ... The judgment of the Rental Commission was homologated by the Provincial Court and Petitioner immediately presented a motion to the Superior Court in virtue of Article 846 C.P.C. requesting the issuance of a writ of evocation against the judgment of the Rental Commission on the basis of excess of jurisdiction. Mr. Justice J.P. Bergeron, J.C.S., authorized the issuance of the writ introductive of suit on May 17, 1977 ...

The Court of Appeal, composed of Kaufman, Bélanger and Dubé JJ.A., by judgment dated January 10, 1978, ... reversed the judgment of the Superior Court.

Thus the appeal before this Honourable Court for which leave was granted on the 1st of May 1978.

The judgment of the Superior Court, handed down forthwith, was given without reasons.

The decision of the Court of Appeal, *per* Bélanger J.A., concurred in by Kaufman and Dubé JJ.A., was that the review sought by appellant constituted a disguised appeal and that, even if the administrator and the Rental Commission interpreted the *Conciliation Act* incorrectly, an issue which did not have to be resolved, they did not exceed their jurisdiction. In further reasons, Kaufman J. seriously questioned the proposition that appellant's behaviour amounted to behaviour "on the leased premises", but he found that this error, if it was one, did not deprive the administrator and the Commission of jurisdiction.

The principles applicable to the matter are also not in dispute: they are well established. It is their application to specific cases which sometimes gives rise to difficulty.

Section 17 of the *Conciliation Act* contains a privative clause which places the administrator and the Rental Commission outside the supervisory power of the Superior Court. They may therefore err in the exercise of their jurisdiction but they may not, by a mistaken interpretation of the

L'appelante a porté cette décision devant la Commission des loyers qui, par jugement en date du 13 avril 1977, a rejeté son appel et maintenu la décision de l'administrateur pour le motif que, «de l'avis de la Commission», les retards systématiques de la locataire à payer son loyer constituaient un motif suffisant d'éviction ... La Cour provinciale a homologué le jugement de la Commission des loyers et la requérante a immédiatement présenté une requête à la Cour supérieure en vertu de l'article 846 du Code de procédure civile, demandant la délivrance d'un bref d'évocation contre la décision de la Commission des loyers pour excès de juridiction. Le juge J.P. Bergeron de la Cour supérieure a autorisé la délivrance du bref introductif d'instance le 17 mai 1977 ...

La Cour d'appel (les juges Kaufman, Bélanger et Dubé), par jugement en date du 10 janvier 1978, ... a infirmé le jugement de la Cour supérieure.

D'où le pourvoi devant cette Cour sur autorisation accordée le 1er mai 1978.

Le jugement de la Cour supérieure, rendu séance tenante, n'est pas motivé.

L'arrêt de la Cour d'appel, rendu par le juge Bélanger, avec l'accord des juges Kaufman et Dubé, est à l'effet que la révision demandée par l'appelante constitue un appel déguisé et que, même si l'administrateur et la Commission des loyers ont interprété la *Loi de conciliation* de façon erronée, ce qu'il n'y a pas lieu de décider, ils n'ont pas excédé leur juridiction. Dans des motifs additionnels, le juge Kaufman met sérieusement en doute la proposition selon laquelle la conduite de l'appelante revient à un comportement «sur les lieux loués» mais il conclut que cette erreur, si c'en est une, ne fait pas perdre juridiction à l'administrateur et à la Commission.

Les principes qui régissent la question ne sont pas eux non plus contestés. Ils sont bien établis. C'est leur application à des espèces particulières qui donne parfois lieu à des difficultés.

L'article 17 de la *Loi de conciliation* contient une clause privative qui soustrait l'administrateur et la Commission des loyers au pouvoir de surveillance de la Cour supérieure. Ils peuvent donc errer dans l'exercice de leur juridiction mais ils ne peuvent, par une interprétation erronée de la loi,

law, appropriate jurisdiction which they do not have or decline that which they do have.

These principles have been approved by the courts on numerous occasions. They have been acted upon by this Court, as for example in *Jarvis v. Associated Medical Services Inc.*[2] and in *Commission des Relations de Travail du Québec v. L'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*[3]. They were also followed by the Court of Appeal in *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec v. Distribution Kinéma Ltée*[4].

In my opinion, and I say so with respect for the opposite view, the administrator and the Rental Commission erred in their interpretation of s. 25 of the *Conciliation Act* and, as a result of their error, assumed a jurisdiction which is denied to them by law.

Paragraph (*a*) of s. 25 is the only provision of the *Conciliation Act* relating to the payment of rent.

When the condition specified in this provision is fulfilled, that is, when the tenant is more than three weeks in arrears in the payment of his rent, the administrator has a duty to cancel the lease. He has no discretion. There is equally no discretion when the rent is paid before the hearing: in that case, he loses his power to cancel the lease. The enactment corresponds in this regard to the ordinary law, as expressed in art. 1633 of the *Civil Code*:

> In an action for cancellation for failure to pay rent, the lessee may avoid the cancellation by paying, before judgment, the rent due with interest and costs.

I think that by s. 25(*a*) of the *Conciliation Act*, the legislator intended to exhaust the question of payment of rent and delay in payment. His purpose must have of necessity been different in para. (*b*), in which he conferred on the administrator under certain circumstances a power of appreciation, that is, the right to decide whether the tenant

[2] [1964] S.C.R. 497.
[3] [1969] S.C.R. 466.
[4] [1977] C.A. 308.

s'approprier une compétence qu'ils n'ont pas ou décliner celle qu'ils possèdent.

Ces principes ont été nombre de fois sanctionnés par la jurisprudence. Ce sont eux que suit cette Cour, par exemple dans *Jarvis c. Associated Medical Services Inc.*[2] et dans *Commission des Relations de Travail du Québec c. L'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada*[3]. Ce sont eux également que la Cour d'appel observe dans *Commission de contrôle des permis d'alcool du Québec c. Distribution Kinéma Ltée*[4].

A mon avis, et je l'exprime avec égard pour l'opinion contraire, l'administrateur et la Commission des loyers ont erré dans leur interprétation de l'art. 25 de la *Loi de conciliation* et, par suite de leur erreur, se sont attribués une juridiction que la loi leur refuse.

L'alinéa *a*) de l'art. 25 est la seule disposition de la *Loi de conciliation* relative au paiement du loyer.

Lorsque la condition prescrite par cette disposition est réalisée, c'est-à-dire, lorsque le locataire est en retard de plus de trois semaines dans le paiement de son loyer, le commissaire a le devoir de résilier le bail. Il ne jouit d'aucune discrétion. Il n'a aucune discrétion non plus si le loyer est payé avant l'audition. Il perd alors son pouvoir de résilier le bail. D'ailleurs la disposition correspond sur ce point au droit commun, exprimé à l'art. 1633 du *Code civil*:

> Dans une action en résiliation pour défaut de paiement du loyer, le locataire peut éviter la résiliation en payant, avant jugement, le loyer dû, les intérêts et les frais.

Par l'alinéa *a*) de l'art. 25 de la *Loi de conciliation*, le législateur a, je pense, voulu épuiser la question du paiement du loyer et du retard à le payer. C'est nécessairement autre chose qu'il vise à l'al. *b*) où il confère à l'administrateur, à certaines conditions, un pouvoir d'appréciation, soit la faculté de juger si le comportement du locataire

[2] [1964] R.C.S. 497.
[3] [1969] R.C.S. 466.
[4] [1977] C.A. 308.

ant's behaviour on the leased premises constituted a serious source of annoyance to the owner. Delay in the payment of rent cannot legally be equivalent to such behaviour. Otherwise, the tenant would be deprived of the remedy provided in para. (*a*), that of paying before the hearing is held, and the administrator would acquire a kind of discretion in an area where the legislator did not intend he should have any.

The only evidence contained in the record relates to the tenant's delay in paying her rent. In my view, it is incorrect to characterize this delay as behaviour on the leased premises which can constitute a serious source of annoyance to the owner.

By means of this incorrect characterization, first the administrator and then the Rental Commission assumed a jurisdiction which they do not possess: not only, as I have just said, did they extend their discretion to an area where they had none, but they appropriated a power to cancel a lease on a ground of eviction which is not contained in the Act and which they created out of thin air: that of repeated, frequent or systematic delays in the payment of rent.

This is a sufficient basis for the writ of evocation to issue.

However, even if repeated delays in the payment of rent were capable of amounting to behaviour on the leased premises likely to constitute a serious source of annoyance to the owner, within the meaning of s. 25(*b*), it would still have to be proven that this behaviour occurred on the leased premises.

There is no evidence to this effect.

In the Court of Appeal, Paxmill Corporation, the owner of the leased premises, was one of the appellants. The appellant asked the Court of Appeal for leave to amend her pleadings to substitute the Rental Commission for Paxmill Corporation as respondent-appellant, Paxmill Corporation becoming the mis en cause. She also asked the Court of Appeal for leave to make certain other amendments which would seem to me of a minor nature.

sur les lieux loués constitue une source sérieuse de tracasseries pour le propriétaire. Le retard à payer le loyer ne peut légalement équivaloir à un tel comportement. Autrement, le locataire serait privé du moyen péremptoire que lui fournit l'al. *a*), celui de payer avant la tenue de l'audition, et l'administrateur acquerrait une espèce de discrétion dans un domaine où le législateur n'a voulu lui en laisser aucune.

La seule preuve qui se trouve au dossier n'est relative qu'au retard du locataire à payer son loyer. C'est une erreur selon moi de qualifier ce retard de comportement sur les lieux loués pouvant constituer une source sérieuse de tracasseries pour le propriétaire.

Par le biais de cette qualification erronée, l'administrateur et la Commission des loyers après lui se donnent une juridiction qu'ils ne possèdent pas: non seulement, comme je viens de l'indiquer, ils étendent leur discrétion à un domaine qui n'en comporte aucune, mais ils s'attribuent le pouvoir de résilier un bail pour un motif d'éviction qui ne se trouve pas dans la loi et qu'ils créent de toutes pièces: celui des retards répétés, fréquents ou systématiques dans le paiement du loyer.

Ce motif suffit à justifier la délivrance du bref d'évocation.

Mais même si des retards répétés dans le paiement du loyer étaient capables d'équivaloir à un comportement sur les lieux loués susceptible de constituer une source sérieuse de tracasseries pour le propriétaire, au sens de l'al. *b*) de l'art. 25, encore faudrait-il prouver que ce comportement a eu lieu sur les lieux loués.

Or il n'y a aucune preuve à cet effet.

En Cour d'appel, Paxmill Corporation, propriétaire des lieux loués, était l'une des appelantes. L'appelante a demandé à la Cour d'appel la permission d'amender ses procédures pour substituer la Commission des loyers à Paxmill Corporation, comme intimée-appelante, Paxmill Corporation devenant la mise en cause. Elle a également demandé à la Cour d'appel l'autorisation de faire certains autres amendements qui me paraissent d'ordre assez mineur.

The Court of Appeal made no ruling on this motion to amend, as it concluded that in any case the result would have been the same.

In this Court, appellant reiterated her motion.

The Rental Commission submitted no argument on the matter because the Court of Appeal had not ruled on it.

Although the inscription in appeal to this Court was served on it, Paxmill Corporation was not represented here and the Court was told that it had no interest in the case.

I see no reason to deny appellant's motion.

I would give appellant leave to amend as requested. I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, with costs in all courts. However, there will be no costs to or against Paxmill Corporation in this Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Finkeslstein, Fournelle, Berku & Paquin, Montreal.

Solicitors for the respondent: Bilodeau, Flynn & Roy, Montreal.

La Cour d'appel ne s'est pas prononcée sur cette demande d'amendement, estimant que, de toutes façons, le résultat n'en aurait pas été changé.

L'appelante a réitéré sa demande devant cette Cour.

La Commission des loyers n'a soumis aucune argumentation sur la question parce que la Cour d'appel ne s'est pas prononcée.

Quoique l'inscription en appel à cette Cour lui ait été signifiée, Paxmill Corporation n'était pas représentée devant nous et on nous a informés qu'elle se désintéressait de cette affaire.

Je ne vois pas de motifs de refuser à l'appelante la permission qu'elle demande.

J'accorderais à l'appelante la permission d'amender qu'elle demande. J'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les cours. Cependant, Paxmill Corporation ne paiera aucun dépens en cette Cour.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Finkeslstein, Fournelle, Berku & Paquin, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Bilodeau, Flynn & Roy, Montréal.

Lothar Pettkus (*Defendant*) *Appellant*;

and

Rosa Becker (*Plaintiff*) *Respondent.*

1980: June 23; 1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Trusts and trustees — Constructive trust or resulting trust — Long standing common law relationship — "Wife" first supported "husband" while he accumulated capital and later helped in construction of home and development of business — Whether or not women entitled to portion of property and assets held exclusively in man's name — Applicability of constructive and resulting trusts to common law relationship.

Appellant, through toil and thrift, developed over the years a successful beekeeping business. He owned two rural Ontario properties, where the business was conducted, and had the proceeds from the sale in 1974 of a third property located in Quebec. Respondent through her labour and earnings, too, contributed substantially to the good fortune of the common enterprise. Although unmarried, appellant and respondent lived as husband and wife from 1955 to 1974, save for a three-month separation in 1972. When the relationship terminated in late 1974, respondent commenced this action seeking a declaration of entitlement to one-half interest in the lands and a share in the beekeeping business.

The trial judge awarded respondent forty beehives without bees, together with $1,500 representing earnings from those hives for 1973 and 1974. The Ontario Court of Appeal varied the judgment at trial by awarding respondent one-half interest in the lands owned by appellant and in the beekeeping business.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: In the absence of an express or implicit intention to create it, a resulting trust could not be found. Mr. Pettkus and Miss Becker had no express arrangement for sharing economic gain. An intention that a wife should have an interest cannot be implied if her conduct before or after the acquisition of the property is "wholly ambiguous", or its association with the agreement "altogether tenuous". Uncommitted

Lothar Pettkus (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Rosa Becker (*Demanderesse*) *Intimée.*

1980: 23 juin; 1980: 18 décembre.

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

Fiducies et fiduciaires — Fiducie par interprétation ou par déduction — Relation de fait bien établie — L'«épouse» subvient d'abord aux besoins du «mari» pendant qu'il accumule du capital et plus tard participe à la construction de la maison et à l'essor de l'entreprise — Les femmes ont-elles droit à une partie des biens et de l'actif mis exclusivement au nom de l'homme? — Applicabilité des fiducies par interprétation et par déduction aux relations de fait.

Par son labeur et son épargne, l'appelant a mis sur pied au cours des années une exploitation apicole prospère. Il possède deux propriétés rurales en Ontario, où il exploite son entreprise, et détient le produit de la vente, en 1974, d'une troisième propriété située au Québec. Par son labeur et ses gains, l'intimée a considérablement contribué à la réussite de l'entreprise commune. Non mariés, l'appelant et l'intimée ont vécu comme mari et femme de 1955 à 1974, sauf pendant une séparation de trois mois en 1972. Lors de leur séparation fin 1974, l'intimée a intenté cette action par laquelle elle cherche à se faire déclarer propriétaire de la moitié des terres et à obtenir une part dans l'exploitation apicole.

Le juge de première instance a accordé à l'intimée quarante ruches sans abeilles et un montant de $1,500 qui représente le produit de ces ruches pour les années 1973 et 1974. La Cour d'appel de l'Ontario a modifié le jugement de première instance et a accordé à l'intimée un droit de propriété de moitié sur les terres appartenant à l'appelant et sur l'exploitation apicole.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: En l'absence d'une intention expresse ou implicite de créer une fiducie par déduction, on ne peut conclure à son existence. Il n'y avait aucune entente expresse entre M. Pettkus et Mlle Becker de partager les profits. On ne peut pas présumer que l'intention est que l'épouse ait un droit si sa conduite avant l'achat des biens ou après est «tout à fait ambiguë», ou si sa participation à l'entente est «globalement

to marriage or to a permanent relationship, it would be difficult to ascribe to Mr. Pettkus an intention, express or implied, to share his savings. While Miss Becker said they were to "save together", the truth was that Mr. Pettkus saved at her expense. In the face of the trial judge's explicit finding that common intention was not present and the appellate court's decision not to disturb that finding, this Court would not infer or presume otherwise.

The constructive trust could be applied in this case. The requirements needed to establish unjust enrichment, the principle lying at the heart of the constructive trust, were: an enrichment, a corresponding deprivation and the absence of any juristic reason for the enrichment. It was necessary not only to determine that one spouse had benefited at the expense of the other and order restitution but also to consider the retention of the benefit to be unjust in the circumstances of the case. The compelling inference from the facts was that Miss Becker believed she had some interest in the farm and that the expectation was reasonable in the circumstances. The first two requirements underlying unjust enrichment were satisfied: Mr. Pettkus had the benefit of 19 years, unpaid labour, while Miss Becker received little or nothing in return. As for the third requirement, where one person in a relationship tantamount to spousal, prejudiced herself in reasonable expectation of receiving an interest in property and the other in the relationship freely accepted benefits conferred by the first person in circumstances he knew or ought to have known of that expectation, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it.

The causal connection between the acquisition of the property and corresponding enrichment, necessary for the application of the principle of unjust enrichment, was met in this case. The question of causal connection was really one of fact: was her contribution sufficiently substantial and direct as to entitle her to a portion of the profits realized?

There was not basis for any distinction, in dividing property and assets, between marital relationships and those informal relationships which subsist for a lengthy period. The Court did not create a presumption of equal shares. There was a great difference between directing that there be equal shares for common law spouses, and awarding Miss Becker a share equivalent to the money or money's worth that she contributed over nineteen years. The fact that there was no statutory scheme directing equal division of assets acquired by common

minime». Comme M. Pettkus ne s'est pas marié ni engagé dans une relation permanente, il serait difficile de lui prêter une intention, expresse ou implicite, de partager ses économies. Mlle Becker a dit qu'ils devaient «épargner ensemble», mais en vérité M. Pettkus a épargné aux dépens de celle-ci. Vu la conclusion expresse du juge de première instance qu'une intention commune n'était pas présente et la décision de la Cour d'appel de ne pas modifier cette conclusion, cette Cour n'infère ni ne présume autre chose.

La fiducie par interprétation peut s'appliquer en l'espèce. Les conditions voulues pour établir l'enrichissement sans cause, le principe au cœur de la fiducie par interprétation, sont: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il était nécessaire non seulement de déterminer qu'un conjoint a tiré un avantage aux dépens de l'autre et d'ordonner la restitution, mais aussi de considérer que la rétention de l'avantage serait injuste dans les circonstances de l'affaire. Les faits commandent la conclusion que Mlle Becker croyait avoir un droit sur la ferme et que cette attente était raisonnable dans les circonstances. Les deux premières exigences qui appuient l'enrichissement sans cause ont été remplies: M. Pettkus a bénéficié pendant dix-neuf ans d'un labeur non rémunéré alors que Mlle Becker a reçu peu ou rien en retour. Quand à la troisième condition, lorsqu'une personne liée à une autre dans une relation qui équivaut à une union conjugale, se cause un préjudice dans l'expectative raisonnable de recevoir un droit de propriété et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette expectative, il serait injuste de permettre au bénéficiaire de conserver cet avantage.

Le lien causal entre l'acquisition des biens et l'enrichissement correspondant nécessaire à l'application du principe d'enrichissement sans cause a été satisfait en l'espèce. La question du lien causal est vraiment une question de fait: sa contribution était-elle suffisamment importante et directe pour lui donner droit à une partie des profits réalisés?

Rien ne justifie que l'on fasse une distinction lors du partage des biens et de l'actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps. La Cour n'a pas créé une présomption de parts égales. Il y a une grande différence entre ordonner le partage égal pour des conjoints de fait, et accorder à Mlle Becker une part équivalente à la contribution qu'elle a apportée, en argent ou en valeur monétaire, pendant environ dix-neuf ans. L'absence d'un régime légal prescrivant le partage égal

law spouses was no bar to the availability of an equitable remedy. The extent of interest was to be proportionate to the claimant's contribution, direct or indirect. Where the contributions were unequal, the shares would be unequal.

While the question of conflict of laws was not pleaded, addressed by the Court or counsel or alluded to in argument, it lurked in the background of the case. As the parties were domiciled in Quebec from 1955 until at least August 1971, it was arguable that the laws of Quebec, not Ontario, should govern the rights of the parties. While the Court takes judicial notice of the statutory or other laws prevailing in every province and territory in Canada, even in cases where such statutes or laws may not have been proved in evidence in courts below, the Court does not take judicial notice of the law of another province unless that law has been pleaded in the first instance.

Per Martland and Beetz JJ.: The case was not concerned with the rights of a wife and so was not concerned with matrimonial property. Any recognition by this Court of the right of a court to impose on one party the obligations of a trustee in respect of his property for the benefit of another founded on unjust enrichment would have very wide implications and would involve judicial legislation that would extend substantially the existing law.

The scope of the doctrine of unjust enrichment in English law was somewhat nebulous. It was recognized in claims for the return of money — usually in areas where a fiduciary relationship existed — or in situations where a person, having knowledge of an existing trust acquired the legal title to the trust property.

The adoption of the concept of constructive trust involved an undesirable extension of the law, as so far determined in this Court, for it would clothe judges with a very wide power to apply "palm tree justice" without the benefit of any guidelines. The only test of what constituted unjust enrichment would be the judge's individual perception of what he considered to be unjust.

The determination of this appeal in respondent's favour could be made in accordance with existing authority and without recourse to the concepts of unjust enrichment and constructive trust.

Per Ritchie J.: The advances made by the plaintiff throughout the period of the relationship between the parties supported the existence of a resulting trust which

de l'actif acquis par les conjoints de fait ne s'oppose pas à l'utilisation d'un recours en *equity*. La part de propriété doit être proportionnelle à la contribution, directe ou indirecte, du requérant. Là où les contributions sont inégales, les parts seront inégales.

Bien que la question de droit international privé n'ait pas été plaidée, n'ait pas retenu l'attention des tribunaux ni des avocats et n'ait pas été mentionnée pendant les débats, elle se profile à l'arrière-plan de cette affaire. Comme les parties étaient domiciliées au Québec de 1955 au moins jusqu'au mois d'août 1971, on pourrait prétendre que les lois du Québec et non celles de l'Ontario devraient régir les droits des parties. Bien que la Cour prenne connaissance d'office des lois des autres provinces et territoires du Canada, même lorsqu'on n'en a pas fait la preuve devant les tribunaux d'instance inférieure, elle ne prend toutefois pas connaissance d'office de la loi d'une autre province si on ne l'a pas plaidée en première instance.

Les juges Martland et Beetz: Cette affaire ne porte pas sur les droits d'une épouse et elle ne vise donc pas les biens matrimoniaux. Toute reconnaissance par cette Cour du droit d'un tribunal d'imposer à une partie les obligations d'un fiduciaire relativement à ses biens pour le bénéfice d'une autre personne, en raison de l'enrichissement sans cause, a de vastes répercussions et met en jeu le droit prétorien puisqu'elle donne une portée beaucoup plus grande au droit existant.

La portée de la doctrine de l'enrichissement sans cause en droit anglais est quelque peu imprécise. Elle a été reconnue dans des réclamations en remboursement d'argent—généralement dans des situations de relations fiduciaires—ou dans des situations où une personne informée de l'existence d'une fiducie acquiert le titre de propriété du bien en fiducie.

L'adoption du concept de fiducie par interprétation comporte un élargissement non souhaitable du droit que cette Cour a déjà défini parce qu'il conférerait aux juges un très vaste pouvoir d'appliquer «la justice distributive» sans le bénéfice de quoi que ce soit pour les orienter. Le seul critère de ce qui constitue l'enrichissement sans cause serait la perception ce que le juge considère personnellement comme injuste.

Ce pourvoi peut être tranché en faveur de l'intimée selon la jurisprudence existante et sans recourir aux concepts de l'enrichissement sans cause et de la fiducie par interprétation.

Le juge Ritchie: Les contributions de la demanderesse au cours de sa vie commune avec le défendeur appuient l'existence d'une fiducie par déduction régie par les

was governed by the legal principles in *Murdoch v. Murdoch* and *Rathwell v. Rathwell.*

Contributions made by one spouse and freely accepted by the other for use in the acquisition and operation of a common household gave rise to a rebuttable presumption that, at the time when the contributions were made and accepted, the parties both intended that there would be a resulting trust in favour of the donor to be measured in terms of the value of the contributions so made. When there was a conjugal relationship between the parties the presumption of a resulting trust arose for the benefit of the donor whenever there was evidence of a contribution of money or money's worth having been made by one spouse towards the acquisition of property by the other, and this presumption persisted until the relationship was dissolved unless it was rebutted by "evidence showing some other intention".

The trial judge's opinion was that whatever respondent's motives may have been, her intention in making the contributions was to benefit the appellant and that those contributions were acquiesced in and freely accepted by him to be applied for and towards the maintenance and operation of a joint household. There was, accordingly, support for the existence of a common intention giving rise to a presumption of a resulting trust and certain pejorative remarks made by the trial judge could not be considered as evidence rebutting the presumption to which the contributions made by the respondent gave rise. Several facts recognized by the Court of Appeal — that the parties had lived together as husband and wife, although unmarried, for twenty years, during which time the respondent made possible the appellant's acquisition of the first property by exclusively supporting the household and by working with the appellant to build up the beekeeping business — constituted evidence that the properties and the beekeeping operation were subject to a resulting trust in favour of the respondent.

Rathwell v. Rathwell, [1978] 2 S.C.R. 436; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886; *Fribance v. Fribance*, [1957] 1 All E.R. 357; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; *The Ruabon Steamship Company, Limited v. The London Assurance*, [1900] A.C. 6; *Cooper v. Cooper* (1888), 13 A.C. 88; *Canadian National Steamship Co. Ltd. v. Watson*, [1939] S.C.R. 11; *Reading v. Attorney-General*, [1951] A.C. 507; *Cooke v. Head*, [1972] 2 All E.R. 38, referred to.

principes de droit énoncés dans les arrêts *Murdoch c. Murdoch* et *Rathwell c. Rathwell.*

Les contributions d'un conjoint, librement acceptées par l'autre pour servir à l'achat et à l'entretien d'un foyer commun, font naître une présomption réfutable qu'au moment des contributions et de leur acceptation, les deux parties avaient l'intention de créer, en faveur du donateur, une fiducie par déduction, équivalente à la valeur des contributions. Lorsque les parties sont mariées, il y a une présomption de fiducie par déduction en faveur du donateur si l'on démontre qu'un conjoint a fait une contribution financière, ou son équivalent, pour permettre à l'autre d'acquérir des biens. Cette présomption subsiste jusqu'à ce qu'il y ait rupture du mariage, à moins qu'elle ne soit réfutée par «une preuve établissant une autre intention».

L'opinion du juge de première instance est que, quels qu'aient pu être les motifs de l'intimée, son intention en faisant les contributions était de donner des avantages à l'appelant qui les a acceptées librement et a utilisées pour l'entretien et la vie courante de leur foyer commun. On trouve, par conséquent, un appui à l'existence d'une intention commune qui donne naissance à une présomption de fiducie par déduction et certaines remarques péjoratives faites par le juge de première instance ne peuvent être considérées comme une preuve réfutant la présomption à laquelle donnent naissance les contributions de l'intimée. Plusieurs faits reconnus par la Cour d'appel, savoir que les parties ont vécu ensemble comme mari et femme, sans être mariées, pendant vingt ans, période durant laquelle l'intimée a rendu possible l'acquisition de la première propriété par l'appelant en subvenant exclusivement aux besoins du foyer et en travaillant aux côtés de l'appelant afin de mettre sur pied l'exploitation apicole—constituent la preuve que les propriétés et l'exploitation apicole sont assujetties à une fiducie par déduction en faveur de l'intimée.

Jurisprudence: *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Gissing v. Gissing*, [1971] A.C. 886; *Fribance v, Fribance*, [1957] 1 All E.R. 357; *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005; *The Ruabon Steamship Company, Limited v. The London Assurance*, [1900] A.C. 6; *Cooper v. Cooper* (1888), 13 A.C. 88; *Canadian National Steamship Co. Ltd. c. Watson*, [1939] R.C.S. 11; *Reading v. Attorney General*, [1951] A.C. 507; *Cooke v. Head*, [1972] 2 All E.R. 38.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], varying a judgment of Chartrand J. Appeal dismissed.

Barry B. Swadron, Q.C., and *Susan G. Himel*, for the defendant, appellant.

Sidney N. Lederman and *G.E. Langlois*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Lothar Pettkus, through toil and thrift, developed over the years a successful beekeeping business. He now owns two rural Ontario properties, where the business is conducted, and he has the proceeds from the sale, in 1974, of a third property, located in the Province of Quebec. It is not to his efforts alone, however, that success can be attributed. The respondent, Rosa Becker, through her labour and earnings, contributed substantially to the good fortune of the common enterprise. She lived with Mr. Pettkus from 1955 to 1974, save for a separation in 1972. They were never married. When the relationship sundered in late 1974, Miss Becker commenced this action, in which she sought a declaration of entitlement to a one-half interest in the lands and a share in the beekeeping business.

I

The Facts

Mr. Pettkus and Miss Becker came to Canada from central Europe, separately, as immigrants, in 1954. He had $17 upon arrival. They met in Montreal in 1955. Shortly thereafter, Mr. Pettkus moved in with Miss Becker, on her invitation. She was thirty years old and he was twenty-five. He was earning $75 per week; she was earning $25 to $28 per week, later increased to $67 per week.

A short time after they began living together, Miss Becker expressed the desire that they be married. Mr. Pettkus replied that he might consider marriage after they knew each other better. Thereafter, the question of marriage was not

[1] (1978), 87 D.L.R. (3d) 101, (1978), 20 O.R. (2d) 105.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a modifié le jugement du juge Chartrand. Pourvoi rejeté.

Barry B. Swadron, c.r., et *Susan G. Himel*, pour le défendeur, appelant.

Sidney N. Lederman et *G. E. Langlois*, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE DICKSON—Par son labeur et son épargne, l'appelant, Lothar Pettkus a mis sur pied au cours des années une exploitation apicole prospère. Il possède maintenant deux propriétés rurales en Ontario, où il exploite son entreprise, et détient le produit de la vente, en 1974, d'une troisième propriété située dans la province de Québec. Toutefois, ce succès n'est pas uniquement attribuable à ses seuls efforts. Par son labeur et ses gains, l'intimée, Rosa Becker, a considérablement contribué à la réussite de l'entreprise commune. Elle a vécu avec M. Pettkus de 1955 à 1974, sauf pendant une séparation en 1972. Ils ne se sont jamais mariés. Lors de leur séparation fin 1974, Mlle Becker a intenté cette action par laquelle elle cherche à se faire déclarer propriétaire de la moitié des terres et à obtenir une part dans l'exploitation apicole.

I

Les faits

M. Pettkus et Mlle Becker ont émigré, séparément, d'Europe centrale au Canada, en 1954. Il avait $17 en poche à son arrivée. Ils se sont rencontrés à Montréal en 1955. Peu après, M. Pettkus s'est installé chez Mlle Becker, à l'invitation de cette dernière. Elle était âgée de trente ans et lui de vingt-cinq ans. Il gagnait $75 par semaine, elle gagnait $25 à $28 par semaine et plus tard, $67 par semaine.

Peu après le début de leur cohabitation, Mlle Becker a exprimé le désir qu'ils se marient. M. Pettkus a répondu qu'il envisagerait peut-être le mariage lorsqu'ils se connaîtraient mieux. La question du mariage ne s'est plus posée par la suite

[1] (1978), 87 D.L.R. (3d) 101, (1978), 20 O.R. (2d) 105.

raised, though within a few years Mr. Pettkus began to introduce Miss Becker as his wife and to claim her as such for income tax purposes.

From 1955 to 1960 both parties worked for others. Mr. Pettkus supplemented his income by repairing and restoring motor vehicles. Throughout the period Miss Becker paid the rent. She bought the food and clothing and looked after other living expenses. This enabled Mr. Pettkus to save his entire income, which he regularly deposited in a bank account in his name. There was no agreement at any time to share either monies or property placed in his name. The parties lived frugally. Due to their husbandry and parsimonious lifestyle, $12,000 had been saved by 1960 and deposited in Mr. Pettkus' bank account.

The two travelled to Western Canada in June 1960. Expenses were shared. One of the reasons for the trip was to locate a suitable farm at which to start a beekeeping business. They spent some time working at a beekeeper's farm.

They returned to Montreal, however, in the early autumn of 1960. Miss Becker continued to pay the apartment rent out of her income until October 1960. From then until May 1961, Mr. Pettkus paid rent and household expenses, Miss Becker being jobless. In April 1961, she fell sick and required hospitalization.

In April 1961, they decided to buy a farm at Franklin Centre, Quebec, for $5,000. The purchase money came out of the bank account of Mr. Pettkus. Title was taken in his name. The floor and roof of the farmhouse were in need of repair. Miss Becker used her money to purchase flooring materials and she assisted in laying the floor and installing a bathroom.

For about six months during 1961 Miss Becker received unemployment insurance cheques, the proceeds of which were used to defray household expenses. Through two successive winters she lived in Montreal and earned approximately $100 per

bien que, dans les années qui ont suivi, M. Pettkus ait commencé à présenter Mlle Becker comme son épouse et qu'il ait demandé une exemption à son égard aux fins de l'impôt sur le revenu.

De 1955 à 1960, ils étaient des salariés. M. Pettkus arrondissait son revenu en réparant ou en remettant en état des véhicules automobiles. Pendant cette période, Mlle Becker payait le loyer. Elle achetait la nourriture et les vêtements et s'occupait d'autres dépenses courantes. Cela permettait à M. Pettkus d'épargner tout son revenu qu'il déposait régulièrement dans un compte de banque à son nom. Ils n'ont jamais convenu de partager l'argent ou les biens placés à son nom. Les parties vivaient sobrement. En raison de leur bonne gestion et de leur mode de vie parcimonieux, un montant de $12,000 avait été économisé en 1960 et déposé dans le compte de banque de M. Pettkus.

Ils se sont tous les deux rendus dans l'Ouest canadien en juin 1960 en partageant les dépenses. Une des raisons du voyage était de trouver une ferme où ils pourraient installer une exploitation apicole. Ils ont travaillé pendant quelque temps dans une exploitation apicole.

Toutefois, ils sont revenus à Montréal au début de l'automne 1960. Mlle Becker a continué à payer le loyer à même son revenu jusqu'en octobre 1960. De ce moment jusqu'en mai 1961, M. Pettkus a payé le loyer et les dépenses du ménage puisque Mlle Becker n'avait pas de travail. En avril 1961, elle est tombée malade et a été hospitalisée.

En avril 1961, ils ont décidé d'acheter une ferme à Franklin Centre (Québec) pour $5,000. Le prix d'achat a été payé à même le compte de M. Pettkus. Le titre de propriété a été enregistré à son nom. Le plancher et le toit de la ferme avaient besoin de réparations. Mlle Becker a utilisé son argent pour acheter les matériaux pour le plancher et a aidé à refaire le plancher et à installer une salle de bain.

Pendant environ six mois au cours de l'année 1961, Mlle Becker a reçu des prestations d'assurance-chômage qu'elle a utilisées pour payer les dépenses du ménage. Pendant deux hivers successifs, elle a vécu à Montréal et a gagné environ

month as a babysitter. These earnings also went toward household expenses.

After purchasing the farm at Franklin Centre the parties established a beekeeping business. Both worked in the business, making frames for the hives, moving the bees to the orchards of neighbouring farmers in the spring, checking the hives during the summer, bringing in the frames for honey extraction during July and August, and the bees for winter storage in autumn. Receipts from sales of honey were handled by Mr. Pettkus; payments for purchases of bee hives and equipment were made from his bank account.

The physical participation by Miss Becker in the bee operation continued over a period of about fourteen years. She ran the extracting process. She also, for a time, raised a few chickens, pheasants and geese. In 1968, and later, the parties hired others to assist in moving the bees and bringing in the honey. Most of the honey was sold to wholesalers, though Miss Becker sold some from door to door.

In August 1971, with a view to expanding the business a vacant property was purchased in East Hawkesbury, Ontario, at a price of $1,300. The purchase monies were derived from the Franklin Centre honey operation. Funds to complete the purchase were withdrawn from the bank account of Mr. Pettkus. Title to the newly acquired property was taken in his name.

In 1973 a further property was purchased, in West Hawkesbury, Ontario, in the name of Mr. Pettkus. The price was $5,500. The purchase monies came from the Franklin Centre operation, together with a $1,900 contribution made by Miss Becker, to which I will again later refer. Nineteen seventy-three was a prosperous year, yielding some 65,000 pounds of honey, producing net revenue in excess of $30,000.

In the early 1970's the relationship between the parties began to deteriorate. In 1972 Miss Becker left Mr. Pettkus, allegedly because of mistreatment. She was away for three months. At her departure, Mr. Pettkus threw $3,000 on the floor.

$100 par mois comme gardienne d'enfants. Ce revenu a également été utilisé pour les dépenses du ménage.

Après l'achat de la ferme à Franklin Centre, les parties ont établi une exploitation apicole. Tous deux y travaillaient: ils faisaient des cadres pour les ruches, transportaient les abeilles vers les vergers de fermes avoisinantes au printemps, vérifiaient les ruches pendant l'été, rapportaient les cadres pour l'extraction du miel pendant les mois de juillet et août, et les abeilles pour l'hivernage à l'automne. M. Pettkus s'occupait des recettes des ventes de miel; les fonds pour l'achat de ruches et d'équipement provenaient de son compte de banque.

Mlle Becker a participé matériellement à l'exploitation apicole pendant environ quatorze ans. Elle dirigeait l'opération d'extraction. Pendant un certain temps, elle a également élevé des poulets, faisans et oies. En 1968 et plus tard, les parties ont embauché des employés pour les aider à déplacer les abeilles et à récolter le miel. Presque tout le miel était vendu à des grossistes, bien que Mlle Becker en ait vendu de porte en porte.

En août 1971, dans le but d'agrandir l'entreprise, une propriété vacante a été achetée à East Hawkesbury (Ontario) au prix de $1,300. Les fonds qui ont servi à l'achat provenaient de l'exploitation apicole de Franklin Centre et du compte de banque de M. Pettkus. Le titre de la propriété nouvellement acquise a été enregistré à son nom.

En 1973 une autre propriété a été achetée à West Hawkesbury (Ontario) au nom de M. Pettkus. Le prix d'achat était de $5,500. Les fonds qui ont servi à l'achat provenaient de l'exploitation apicole de Franklin Centre et d'une contribution de $1,900 de Mlle Becker, dont je reparlerai plus tard. L'année 1973 a été prospère; une production de 65,000 livres de miel a rapporté un revenu net supérieur à $30,000.

Au début des années 1970, les rapports entre les parties ont commencé à se détériorer. En 1972, Mlle Becker a quitté M. Pettkus en raison, semble-t-il, de mauvais traitements. Elle a été partie trois mois. A son départ, M. Pettkus a jeté $3,000 sur le

He told her to take the money, a 1966 Volkswagon, forty beehives containing bees, and "get lost". The beehives represented less than ten percent of the total number of hives then in the business.

Soon thereafter, Mr. Pettkus asked Miss Becker to return. In January, 1973, she agreed, on condition he see a marriage counselor, make a will in her favor and provide her with $500 per year so long as she stayed with him. It was also agreed that Mr. Pettkus would establish a joint bank account for household expenses, in which receipts from retail sales of honey would be deposited. Miss Becker returned; she brought back the car and $1,900 remaining out of the $3,000 she had earlier received. The $1,900 was deposited in Mr. Pettkus' account. She also brought the forty bee hives but the bees had died in the interim.

In February 1974 the parties moved into a house on the West Hawkesbury property, built in part by them and in part by contractors. The money needed for construction came from the honey business, with minimal purchases of materials by Miss Becker.

The relationship continued to deteriorate and on October 4, 1974 Miss Becker againt left, this time permanently, after an incident in which she alleged that she had been beaten and otherwise abused. She took the car and approximately $2,600 in cash, from honey sales. Shortly thereafter the present action was launched.

At trial, Miss Becker was awarded forty beehives, without bees, together with $1,500, representing earnings from those hives for 1973 and 1974.

The Ontario Court of Appeal varied the judgment at trial by awarding Miss Becker a one-half interest in the lands owned by Mr. Pettkus and in the beekeeping business.

II

Resulting Trust

This appeal affords the Court an opportunity to clarify the equivocal state in which the law of

plancher. Il lui a dit de prendre l'argent, une Volkswagen de 1966, quarante ruches avec les abeilles et de [TRADUCTION] «disparaître». Les ruches représentaient moins de dix pour cent du nombre total des ruches de l'exploitation.

Peu après, M. Pettkus a demandé à Mlle Becker de revenir. En janvier 1973, elle a accepté à la condition qu'il rencontre un conseiller matrimonial, qu'il fasse un testament en sa faveur et qu'il lui verse $500 par année aussi longtemps qu'elle vivrait avec lui. Il a également été convenu que M. Pettkus ouvrirait un compte de banque conjoint pour les dépenses du ménage et que les recettes des ventes au détail du miel y seraient déposées. Mlle Becker est revenue; elle a rapporté la voiture et $1,900 qui lui restaient des $3,000 qu'elle avait reçus plus tôt. Le montant de $1,900 a été déposé dans le compte de M. Pettkus. Elle a également rapporté les quarante ruches, mais les abeilles étaient mortes entre temps.

En février 1974, les parties ont emménagé dans une maison sise sur leur propriété de West Hawkesbury, construite en partie par eux-mêmes et en partie par des entrepreneurs, L'argent nécessaire à la construction provenait de leur commerce de miel, et Mlle Becker a acheté quelques matériaux.

Leurs rapports ont continué à se détériorer et, le 4 octobre 1974, Mlle Becker est partie de nouveau, de façon permanente cette fois, après un incident au cours duquel elle prétend avoir été battue et maltraitée. Elle est partie avec l'automobile et environ $2,600 comptant provenant des ventes de miel. Peu après, la présente action a été introduite.

En première instance, on a accordé à Mlle Becker quarante ruches sans abeilles et un montant de $1,500 qui représentait le produit de ces ruches pour les années 1973 et 1974.

La Cour d'appel de l'Ontario a modifié le jugement de première instance et accordé à Mlle Becker un droit de propriété de moitié sur les terres appartenant à M. Pettkus et sur l'exploitation apicole.

II

La fiducie par déduction

Ce pourvoi permet à la Cour de dissiper une ambiguïté dans laquelle se trouve le droit des biens

matrimonial property was left, following *Rathwell v. Rathwell*[2].

Broadly speaking, it may be said that the principles which have guided development of recent Canadian case law are to be found in two decisions of the House of Lords: *Pettitt v. Pettitt*[3] and *Gissing v. Gissing*[4]. In neither judgment does a majority opinion emerge. Though it is not necessary to embark upon a detailed analysis of the two cases, the legacy of *Pettitt* and *Gissing* should be noted. First, the decisions upheld the judicial quest for that fugitive common intention which must be proved in order to establish beneficial entitlement to matrimonial property. Second, the Law Lords did not feel free to ascribe or impute an intention to the parties, not supported by evidence, in order to achieve "equity" in the division of assets of partners to a marriage. Third, in *Gissing* four of the Law Lords spoke of "implied, constructive or resulting trust" without distinction.

A majority of the Court in *Murdoch v. Murdoch*[5] adopted the "common intention" concept of Lord Diplock in *Gissing*:

> Difficult as they are to solve, however, these problems as to the amount of the share of a spouse in the beneficial interest in a matrimonial home where the legal estate is vested solely in the other spouse, only arise in cases where the court is satisfied by the words or conduct of the parties that it was their common intention that the beneficial interest was not to belong solely to the spouse in whom the legal estate was vested but was to be shared between them in some proportion or other. [p. 438]

In *Murdock*, it was held that there was no evidence of common intention. In *Rathwell, supra* common intention was held to exist. Although the notion of common intention was endorsed in *Murdoch* and in *Rathwell*, many difficulties, chronicled in the cases and in the legal literature on the

[2] [1978] 2 S.C.R. 436.
[3] [1970] A.C. 777.
[4] [1971] A.C. 886.
[5] [1975] 1 S.C.R. 423.

matrimoniaux depuis l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*[2].

De façon générale, on peut dire que les principes qui ont guidé l'évolution de la jurisprudence canadienne récente se trouvent dans deux arrêts de la Chambre des lords: *Pettitt v. Pettitt*[3] et *Gissing v. Gissing*[4]. Une opinion majoritaire n'en émerge pas nettement. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'entreprendre une analyse détaillée de ces deux arrêts, il est bon de rappeler l'héritage qu'ont laissé les arrêts *Pettitt* et *Gissing*. Tout d'abord, ils ont appuyé la recherche judiciaire de cette intention commune fugitive qui doit être prouvée afin d'établir le droit de propriété véritable sur les biens matrimoniaux. Deuxièmement, les lords juges ne se sentaient pas libres d'attribuer ou d'imputer aux parties une intention non étayée par la preuve, afin de respecter l'«équité» dans le partage de l'actif des partenaires dans un mariage. Troisièmement, dans l'arrêt *Gissing*, quatre des lords juges ont parlé de [TRADUCTION] «fiducie implicite, par interprétation ou par déduction» sans faire de distinction.

Dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*[5], la Cour, à la majorité, a adopté le concept de l'«intention commune» énoncé par lord Diplock dans *Gissing*:

> [TRADUCTION] Si difficiles qu'ils soient à résoudre, cependant, ces problèmes relatifs au montant de la part d'un conjoint dans la propriété véritable d'un foyer conjugal lorsque seul l'autre conjoint est investi de la propriété légale, ne se présentent que dans des cas où la cour est convaincue par les paroles ou la conduite des parties que leur intention commune était que la propriété véritable n'appartiendrait pas seulement au conjoint investi de la propriété légale mais serait partagée entre eux selon telle ou telle proportion. [à la p. 438]

Dans l'arrêt *Murdoch*, on a jugé qu'aucune preuve n'établissait l'intention commune. Dans l'arrêt *Rathwell*, précité, on a conclu à l'existence de l'intention commune. Bien que l'on ait acquiescé à la notion d'intention commune dans les arrêts *Murdoch* et *Rathwell*, de multiples difficul-

[2] [1978] 2 R.C.S. 436.
[3] [1970] A.C. 777.
[4] [1971] A.C. 886.
[5] [1975] 1 R.C.S. 423.

subject, inhered in the application of the doctrine in matrimonial property disputes. The sought-for "common intention" is rarely, if ever, express; the courts must glean 'phantom intent' from the conduct of the parties. The most relevant conduct is that pertaining to the financial arrangements in the acquisition of property. Failing evidence of direct contribution by a spouse, there may be evidence of indirect benefits conferred: where, for example, one partner pays for the necessaries while the other retires the mortgage loan over a period of years, *Fribance v. Fribance*[6].

The artificiality of the common intention approach has been stressed. Professor Donovan Waters in a comment in (1975), 53 Can. Bar Rev. 366 stated:

> In other words, this "discovery" of an implied common intention prior to the acquisition is in many cases a mere vehicle or formula for giving the wife a just and equitable share in the disputed asset. It is in fact a constructive trust approach masquerading as a resulting trust approach. [at p. 368]

Professor Waters also observed, in a discussion of the resulting trust and constructive trust doctrines:

> After all, in few cases will the inferring of an agreement be impossible or unreasonable, and, where it is so, justice and equity may well come to the same conclusion as that produced by the law of resulting trusts. But too often the resulting trust theory produces a result at odds with what would seem the more desirable outcome, or there is a fight through the appeal courts, and then what may well be difference of judicial opinion on the factual merits becomes a difference on the subtleties of the law of trusts. [at p. 377]

In *Murdoch v. Murdoch*, Laskin J., as he was then, introduced in a matrimonial property dispute the concept of constructive trust to prevent unjust enrichment. It is imposed without reference to intention to create a trust, and its purpose is to remedy a result otherwise unjust. It is a broad and flexible equitable tool which permits courts to gauge all the circumstances of the case, including

[6] [1957] 1 All E.R. 357.

tés, mentionnées dans la jurisprudence et les commentaires sur le sujet, sont inhérentes à l'application de la doctrine dans les litiges relatifs aux biens matrimoniaux. L'«intention commune» recherchée n'est pour ainsi dire jamais expresse; les cours doivent glaner l'«intention fantôme» dans la conduite des parties. La conduite la plus pertinente est celle qui a trait aux ententes financières pour l'achat de biens. A défaut de preuve de contribution directe d'un conjoint, il peut y avoir preuve d'avantages indirects: par exemple lorsqu'un partenaire assume les dépenses quotidiennes alors que l'autre rembourse le prêt hypothécaire pendant un certain nombre d'années, *Fribance v. Fribance*[6].

On a fait ressortir le caractère artificiel de la recherche de l'intention commune. Le professeur Donovan Waters a dit dans un commentaire (1975), 53 Rev. B. Can. 366:

> [TRADUCTION] En d'autres mots, cette «découverte» d'une intention commune implicite antérieure à l'achat est, dans bien des cas; un simple moyen ou formule pour donner à l'épouse une juste part dans l'actif en litige. C'est en fait une fiducie par interprétation qui se déguise en une fiducie par déduction. [à la p. 368]

Le professeur Waters fait également remarquer dans une analyse des doctrines de la fiducie par déduction et de la fiducie par interprétation:

> [TRADUCTION] Après tout, rares sont les cas où il sera impossible ou déraisonnable de conclure à l'existence d'une entente et, le cas échéant, la justice et l'équité peuvent bien conduire à la même conclusion que celle à laquelle on arrive par le droit des fiducies par déduction. Mais trop souvent, la théorie de la fiducie par déduction entraîne un résultat incompatible avec ce qui semblerait l'issue la plus souhaitable, ou alors il y a une mésentente entre les cours d'appel, et ce qui pourrait bien être une divergence d'opinions judiciaires sur les faits devient une divergence d'opinions sur les subtilités du droit des fiducies. [à la p. 377]

Dans *Murdoch c. Murdoch*, le juge Laskin, maintenant Juge en chef, a introduit dans un litige sur les biens matrimoniaux le concept de la fiducie par interprétation pour empêcher l'enrichissement sans cause. Il est imposé indépendamment de l'intention de créer une fiducie, et son but est de remédier à un résultat autrement injuste. C'est un outil général, souple et juste qui permet aux tribu-

[6] [1957] 1 All E.R. 357.

the respective contributions of the parties, and to determine beneficial entitlement. It was described this way in *Rathwell*, at p. 455:

> The constructive trust, as so envisaged, comprehends the imposition of trust machinery by the court in order to achieve a result consonant with good conscience. As a matter of principle, the court will not allow any man unjustly to appropriate to himself the value earned by the labours of another. That principle is not defeated by the existence of a matrimonial relationship between the parties; but, for the principle to succeed, the facts must display an enrichment, a corresponding deprivation, and the absence of any juristic reason—such as a contract or disposition of law—for the enrichment.

Although the resulting trust approach will often afford a wife the relief she seeks, the resulting trust is not available, as Professor Waters points out, (at p. 374): "where the imputation of intention is impossible or unreasonable". One cannot imply an intention that the wife should have an interest if her conduct before or after the acquisition of the property is "wholly ambiguous", or its association with the alleged agreement "altogether tenuous". Where evidence is inconsistent with resulting trust, the court has the choice of denying a remedy or accepting the constructive trust.

Turning then to the present case and common intention, the evidence is clear that Mr. Pettkus and Miss Becker had no express arrangement for sharing economic gain. She conceded there was no specific arrangement with respect to the use of her money. She said "No, we just saved together. It was meant to be together, it was ours". The arrangement "was without saying anything ... there was nothing talked over ...". She testified she was not interested in the amount Mr. Pettkus had in the bank. In response to the question "but he never told that what he was saving was yours?" she replied: "I never asked".

naux d'apprécier toutes les circonstances de l'espèce, y compris les contributions respectives des parties, et de déterminer le droit de propriété véritable. Il est décrit comme suit dans *Rathwell*, à la p. 455:

> La fiducie par l'interprétation, ainsi envisagée, comporte l'imposition par le tribunal du mécanisme fiduciaire pour atteindre un résultat conforme à ce que dicte la conscience. En principe, le tribunal ne permettra pas à quelqu'un de s'approprier injustement des biens acquis par le travail d'un autre. Le lien du mariage entre les parties ne met pas en échec ce principe; mais pour qu'il l'emporte, les faits doivent démontrer un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique—tel un contrat ou une disposition légale—à l'enrichissement.

Bien que la fiducie par déduction permette souvent à l'épouse d'obtenir le redressement qu'elle sollicite, elle ne s'applique pas, comme le fait remarquer le professeur Waters, (à la p. 374): [TRADUCTION] «lorsqu'il est impossible ou déraisonnable de supposer une intention». On ne peut pas présumer que l'intention est que l'épouse ait un droit si sa conduite avant l'achat des biens ou après est [TRADUCTION] «tout à fait ambiguë», ou si sa participation à la prétendue entente est [TRADUCTION] «globalement minime». Lorsque la preuve est incompatible avec la fiducie par déduction, la cour peut choisir de refuser le redressement ou d'accepter la fiducie par interprétation.

Si l'on examine la présente affaire et l'intention commune, il ressort clairement de la preuve qu'il n'y avait aucune entente expresse entre M. Pettkus et Mlle Becker de partager les profits. Elle a admis qu'il n'y avait aucune entente précise relativement à l'utilisation de son argent. Elle a dit [TRADUCTION] «Non, nous avons seulement épargné ensemble. Nous voulions le faire ensemble, c'était à nous». L'entente [TRADUCTION] «n'a pas été formulée en paroles ... rien n'a été discuté ...». Elle a témoigné qu'elle n'était pas intéressée au montant d'argent que M. Pettkus avait en banque. En réponse à la question [TRADUCTION] «mais il ne vous a jamais dit que ce qu'il épargnait vous appartenait?» Elle a répondu: [TRADUCTION] «Je ne lui ai jamais demandé».

It is apparent Mr. Pettkus took a negative view of Miss Becker's entitlement. His testimony makes it clear that he never regarded her as his wife. The finances of each were completely separate, except for the joint account opened for the retail sales of honey. Mr. Pettkus was asked in cross-examination: "you both saved together?", and replied: "I saved, she didn't". Uncommitted to marriage or to a permanent relationship it would be difficult to ascribe to Mr. Pettkus an intention, express or implied, to share his savings. Miss Becker said they were to "save together" but the truth is that Mr. Pettkus saved at the expense of Miss Becker.

With respect to the period from 1955 until the spring of 1961, the trial judge found:

> Now the Plaintiff claims a share in the said farm on the ground that at the beginning of their relationship they had implicitly agreed to carry on a common enterprise, the Plaintiff paying the living expenses and the Defendant doing the saving. I am sure that the Plaintiff wouldn't have voiced such a proposition explicitly at the time, bent as she was on marriage, for fear of scaring away a prospective husband. I find that her contribution to the household expenses during the first few years of their relationship was in the nature of risk capital invested in the hope of seducing a younger Defendant into marriage.
>
> Moreover, the evidence does not clearly show that from 1955 to May, 1961, the Plaintiff contributed more than the Defendant to the overall expenses of the household, so that I find that the $12,000 accumulated by the Defendant was due to his superior salary, his frugal living and his off job gains from repairs. It is to be noted that the Plaintiff made also some savings. [Emphasis added.]

Whatever the passage may lack in point of gallantry, the words underlined represent findings of fact by the trial judge, negating common intention.

As to the contribution by Miss Becker to the beekeeping business, the trial judge found:

Il est évident que M. Pettkus a pris le contrepied de la revendication de Mlle Becker. Il ressort clairement de son témoignage qu'il ne l'a jamais considérée comme son épouse. Leurs finances étaient complètement séparées, sauf pour le compte conjoint destiné au produit de la vente du miel au détail. En contre-interrogatoire, on a posé la question suivante à M. Pettkus: [TRADUCTION] «vous épargniez ensemble?», et il a répondu: [TRADUCTION] «J'ai épargné, mais pas elle». Comme M. Pettkus ne s'est pas marié ni engagé dans une relation permanente, il serait difficile de lui prêter une intention, expresse ou implicite, de partager ses économies. Mlle Becker a dit qu'ils devaient [TRADUCTION] «épargner ensemble», mais en vérité M. Pettkus a épargné aux dépens de Mlle Becker.

Relativement à la période allant de 1955 au printemps 1961, le juge de première instance a conclu:

> [TRADUCTION] Maintenant la demanderesse réclame une part de la ferme parce qu'au début de leur relation, ils avaient convenu implicitement de mener une entreprise commune: la demanderesse devait payer les dépenses courantes et le défendeur épargner. Je suis certain que la demanderesse, qui tenait à se marier, n'aurait pas formulé expressément une telle proposition à l'époque, de crainte d'éloigner un mari éventuel. Je considère que sa contribution aux dépenses du ménage pendant les premières années de leur relation était de la nature d'un capital à risques investi dans l'espoir d'amener le défendeur, un homme plus jeune qu'elle au mariage.
>
> De plus, la preuve n'indique pas clairement que de 1955 à mai 1961, la demanderesse ait contribué plus que le défendeur aux dépenses générales du ménage, de sorte que je considère que c'est en raison de son salaire plus élevé, de son mode de vie modeste, et de l'argent qu'il gagnait en effectuant des réparations après l'ouvrage, que le défendeur a accumulé $12,000. Il faut souligner que la demanderesse a également fait quelques économies. [C'est moi qui souligne.]

Bien que cet extrait manque de galanterie, les mots soulignés représentent des conclusions de fait du juge de première instance qui nient l'intention commune.

Quant à la contribution de Mlle Becker à l'exploitation apicole, le juge de première instance a conclu:

As the honey business is a seasonal one, the Defendant continued his side line, repairs of German cars but both businesses were not enough sometimes to keep the household solvent so that the Plaintiff had to work outside a few times. I also find that during that period the Plaintiff helped the Defendant to a certain degree in the operation of the honey business, especially during the extracting period but such help was seasonal and marginal as the Defendant employed outside help in the peak periods.

[TRADUCTION] Puisque l'exploitation apicole est saisonnière, le défendeur a continué son occupation secondaire, la réparation de voitures allemandes, mais les deux entreprises ne suffisaient pas toujours à couvrir les dépenses du ménage de sorte que la demanderesse a dû travailler à l'extérieur à quelques reprises. Je conclus également que pendant cette période la demanderesse a aidé le défendeur jusqu'à un certain point dans l'exploitation de l'entreprise apicole, en particulier au moment de la récolte, mais cette aide était saisonnière et marginale puisque le défendeur embauchait des employés pour l'aider pendant les périodes de pointe.

The trial judge dealt with Miss Becker's claim to a part interest in the Ontario properties, for the 1971 to 1974 period, in the following manner:

Le juge de première instance a traité comme suit de la réclamation de Mlle Becker à un droit sur une partie des propriétés situées en Ontario, pour les années 1971 à 1974:

The Plaintiff alleges that those sums came from the Franklin Centre honey operation and claims a part interest in those Ontario properties on account of her active participation in the honey business. Once again, it would never have occurred to the Plaintiff to make such a claim explicitly at the time because such a trust wasn't in the contemplation of either party, even implicitly. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] La demanderesse prétend que ces montants d'argent provenaient de l'exploitation apicole de Franklin Centre et réclame un droit sur une partie de ces propriétés situées en Ontario compte tenu de sa participation active à l'exploitation apicole. Encore une fois, la demanderesse n'aurait pas songé à formuler explicitement une telle réclamation à l'époque parce qu'aucune des parties n'avait envisagé une telle fiducie, même implicitement. [C'est moi qui souligne.]

Again there is a rejection of the notion of implied intention and resulting trust. At trial, Mr. Pettkus testified:

De nouveau, la notion d'intention implicite et de fiducie par déduction est rejetée. En première instance M. Pettkus a témoigné comme suit:

Q. All right. Now did you ever have any discussions with her as to whether or not she had an interest in either your garage business or your bee business?

A. It was all mine. She had no interest in the business, no.

Q. Did she ever suggest that she did?

A. No.

[TRADUCTION] Q. Très bien. Maintenant avez-vous déjà examiné avec elle la question de savoir si elle avait un droit soit sur votre entreprise de garage soit sur votre exploitation apicole?

R. Tout m'appartenait. Elle n'avait aucun droit sur l'entreprise, aucun.

Q. A-t-elle déjà prétendu avoir un droit?

R. Non.

With regard to the arrangement under which Miss Becker was to receive $500 per year, Mr. Pettkus testified:

Voici le témoignage de M. Pettkus relativement à l'entente aux termes de laquelle Mlle Becker devait recevoir $500 par année:

A. Well, I knew the whole business is in my name and she has nothing so I figured it's only fair to give her a little bit of money and I figured the five hundred dollars, pay for all the expenses and she would have five hundred dollars every year as long as she stayed with me and if there's a good crop if there's no crop well of course I can't pay.

[TRADUCTION] R. Bien, je savais que toute l'entreprise était à mon nom et qu'elle n'avait rien, aussi j'ai pensé qu'il serait juste de lui donner un petit peu d'argent; je me suis dit qu'un montant de cinq cents dollars suffirait à couvrir toutes les dépenses; elle devait recevoir $500 par année aussi longtemps qu'elle demeurerait avec moi si la récolte était bonne, si la récolte était mauvaise bien sûr je n'aurais pas pu payer.

In the view of the Ontario Court of Appeal, speaking through Madam Justice Wilson, the trial judge vastly underrated the contribution made by Miss Becker over the years. She had made possible the acquisition of the Franklin Centre property and she had worked side by side with him for fourteen years building up the beekeeping operation.

The trial judge held there was no common intention, either express or implied. It is important to note that the Ontario Court of Appeal did not overrule that finding.

I am not prepared to infer, or presume, common intention when the trial judge has made an explicit finding to the contrary and the appellate court has not disturbed the finding. Accordingly, I am of the view that Miss Becker's claim grounded upon resulting trust must fail. If she is to succeed at all, constructive trust emerges as the sole juridical foundation for her claim.

III

Constructive Trust

The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust. "Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan*[7] put the matter in these words: " ... the gist of this kind of action is, that the defendant, upon the circumstances of the case, is *obliged by the ties of natural justice and equity to refund* the money". It would be undesirable, and indeed impossible, to attempt to define all the circumstances in which an unjust enrichment might arise. (See A.W. Scott, "Constructive Trusts", (1955), 71 L.Q.R. 39; Leonard Pollock, "Matrimonial Property and Trusts: The Situation from Murdoch to Rathwell", (1978), 16 Alberta Law Review 357). The great advantage of ancient principles of equity is their flexibility: the judiciary is thus able to shape these malleable principles so

[7] (1760), 2 Burr. 1005.

Au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, Madame le juge Wilson a formulé l'avis que le juge de première instance a grandement sous-estimé la contribution de Mlle Becker au cours des années. Cette dernière a rendu possible l'achat de la propriété à Franklin Centre et a travaillé aux côtés de M. Pettkus pendant quatorze ans pour mettre sur pied l'exploitation apicole.

Le juge de première instance a décidé qu'il n'y avait pas d'intention commune, expresse ou implicite. Il est important de souligner que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas écarté cette conclusion.

Je ne suis pas disposé à inférer ni à présumer une intention commune alors que le juge de première instance est parvenu à une conclusion expresse contraire et que cette conclusion n'a pas été modifiée par la Cour d'appel. Par conséquent, je suis d'avis que la réclamation de Mlle Becker fondée sur la fiducie par déduction, doit échouer. Si elle doit avoir gain de cause, la fiducie par interprétation semble être le seul fondement juridique possible de sa réclamation.

III

La fiducie par interprétation

Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation. «L'enrichissement sans cause» a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan*[7] lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] «... le motif principal de cette action est que le défendeur *est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'equity de rembourser l'argent*». Il ne conviendrait pas, et en fait il serait impossible, d'essayer de définir toutes les circonstances qui peuvent donner lieu à un enrichissement sans cause. (Voir A. W. Scott, «Constructive Trust», (1955), 71 L.Q.R. 39; Leonard Pollock, «Matrimonial Property and Trusts: The Situation from Murdock to Rathwell», (1978) 16 Alberta Law Review 357). Le grand avantage des principes anciens d'*equity* est leur souplesse: les tribunaux peuvent donc

[7] (1760), 2 Burr. 1005.

as to accommodate the changing needs and mores of society, in order to achieve justice. The constructive trust has proven to be a useful tool in the judicial armoury. See *Babrociak v. Babrociak*[8]; *Re Spears and Levy et al.*[9]; *Douglas v. Guaranty Trust Company of Canada*[10]; *Armstrong v. Armstrong*[11].

How then does one approach the question of unjust enrichment in matrimonial causes? In *Rathwell* I ventured to suggest there are three requirements to be satisfied before an unjust enrichment can be said to exist: an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment. This approach, it seems to me, is supported by general principles of equity that have been fashioned by the courts for centuries, though, admittedly, not in the context of matrimonial property controversies.

The common law has never been willing to compensate a plaintiff on the sole basis that his actions have benefited another. Lord Halsbury scotched this heresy in the case of *The Ruabon Steamship Company, Limited v. London Assurance*[12] with these words: " ... I cannot understand how it can be asserted that it is part of the common law that where one person gets some advantage from the act of another a right of contribution towards the expense from that act arises on behalf of the person who has done it." (p. 10) Lord Macnaghten, in the same case, put it this way: "there is no principle of law which requires that a person should contribute to an outlay merely because he has derived a material benefit from it". (p. 15) It is not enough for the court simply to determine that one spouse has benefited at the hands of another and then to require restitution. It must, in addition, be evident that the retention of the benefit would be "unjust" in the circumstances of the case.

[8] (1978), 1 R.F.L. (2d) 95 (Ont. C.A.).
[9] (1975), 52 D.L.R. (3d) 146 (N.S.C.A.).
[10] (1978), 8 R.F.L. (2d) 98 (Ont. H.C.).
[11] (1978), 93 D.L.R. (3d) 128 (Ont. H.C.).
[12] [1900] A.C. 6.

modeler ces principes malléables pour répondre aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société, afin que justice soit rendue. La fiducie par interprétation s'est révélée utile dans l'arsenal judiciaire. Voir *Babrociak v. Babrociak*[8]; *Re Spears and Levy et al.*[9]; *Douglas v. Guaranty Trust Company of Canada*[10]; *Armstrong v. Armstrong*[11].

Sous quel angle faut-il aborder la question de l'enrichissement sans cause dans les affaires matrimoniales? Dans l'arrêt *Rathwell*, je me suis risqué à avancer qu'il y a trois conditions à respecter pour que l'on puisse dire qu'il y a enrichissement sans cause: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement. Il me semble que cette façon de voir est appuyée par les principes généraux d'*equity* que les cours ont modelés pendant des siècles, bien que, de l'aveu général, cela n'ait pas été fait dans les litiges concernant les biens matrimoniaux.

La *common law* n'a jamais voulu indemniser un demandeur pour la seule raison qu'un tiers a tiré un avantage de ses actions. Lord Halsbury a mis fin à cette hérésie dans l'arrêt *The Ruabon Steamship Co., Ltd. v. London Assurance*[12] en ces termes: [TRADUCTION] « ... je ne peux comprendre comment l'on peut affirmer qu'en *common law*, lorsqu'une personne est avantagée par l'action d'une autre, cette dernière peut lui demander de contribuer aux frais que son action a occasionnés.» (à la p. 10). Dans la même affaire, lord Macnaghten s'exprime comme suit: [TRADUCTION] «Il n'existe aucun principe de droit selon lequel une personne devrait contribuer à une dépense simplement parce que cette dépense lui a procuré un avantage». (à la p. 15) Il ne suffit pas que le tribunal détermine simplement qu'un conjoint a procuré un avantage à l'autre et ordonne ensuite la restitution. Il doit être évident, en plus, que la rétention de l'avantage serait «injuste» dans les circonstances de l'affaire.

[8] (1978), 1 R.F.L. (2d) 95 (C.A. Ont.).
[9] (1975), 52 D.L.R. (3d) 146 (C.A. N.-E.).
[10] (1978), 8 R.F.L. (2d) 98 (H.C. Ont.).
[11] (1978), 93 D.L.R. (3d) 128 (H.C. Ont.).
[12] [1900] A.C. 6.

Miss Becker supported Mr. Pettkus for 5 years. She then worked on the farm for about 14 years. The compelling inference from the facts is that she believed she had some interest in the farm and that that expectation was reasonable in the circumstances. Mr. Pettkus would seem to have recognized in Miss Becker some property interest, through the payment to her of compensation, however modest. There is no evidence to indicate that he ever informed her that all her work performed over the nineteen years was being performed on a gratuitous basis. He freely accepted the benefits conferred upon him through her financial support and her labour.

On these facts, the first two requirements laid down in *Rathwell* have clearly been satisfied: Mr. Pettkus has had the benefit of nineteen years of unpaid labour, while Miss Becker has received little or nothing in return. As for the third requirement, I hold that where one person in a relationship tantamount to spousal prejudices herself in the reasonable expectation of receiving an interest in property and the other person in the relationship freely accepts benefits conferred by the first person in circumstances where he knows or ought to have known of that reasonable expectation, it would be unjust to allow the recipient of the benefit to retain it.

I conclude, consonant with the judgment of the Court of Appeal, that this is a case for the application of constructive trust. As Madam Justice Wilson noted, "the parties lived together as husband and wife, although unmarried for almost twenty years during which period she not only made possible the acquisition of their first property in Franklin Centre during the lean years, but worked side by side with him for fourteen years building up the beekeeping operation which was their main source of livelihood".

Madam Justice Wilson had no difficulty in finding that a constructive trust arose in favour of the respondent by virtue of "joint effort" and "teamwork", as a result of which Mr. Pettkus was able to acquire the Franklin Centre property, and subsequently the East Hawkesbury and West Hawkesbury properties. The Ontario Court of

Mlle Becker a subvenu aux besoins de M. Pettkus pendant 5 ans. Elle a ensuite travaillé à la ferme pendant environ 14 ans. Les faits commandent la conclusion qu'elle croyait avoir un droit sur la ferme et que cette attente était raisonnable dans les circonstances. M. Pettkus semble avoir reconnu un certain droit de propriété à Mlle Becker en lui payant une indemnité, si minime fût-elle. Aucune preuve n'indique qu'il l'ait jamais informée que tout le travail qu'elle avait effectué pendant dix-neuf ans l'avait été à titre gratuit. Il a accepté tranquillement les avantages que lui ont procurés son appui financier et son labeur.

Selon ces faits, les deux premières exigences énoncées dans l'arrêt *Rathwell* ont été bien remplies: M. Pettkus a bénéficié pendant dix-neuf ans d'un labeur non rémunéré alors que Mlle Becker a reçu peu ou rien en retour. Quant à la troisième condition, je suis d'avis que lorsqu'une personne, liée à une autre dans une relation qui équivaut à une union conjugale, se cause un préjudice dans l'expectative raisonnable de recevoir un droit de propriété et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette expectative raisonnable, il serait injuste de permettre au bénéficiaire de conserver cet avantage.

Je conclus, en accord avec l'arrêt de la Cour d'appel, que la fiducie par interprétation s'applique en l'espèce. Comme Madame le juge Wilson l'a fait remarquer, [TRADUCTION] «Les parties ont vécu ensemble comme mari et femme, sans être mariées, pendant presque vingt ans; au cours de cette période, elle a non seulement rendu possible l'acquisition de leur première propriété à Franklin Centre . . . pendant les années maigres, mais elle a travaillé à ses cotés pendant quatorze ans à mettre sur pied l'exploitation apicole, leur principale source de revenus».

Madame le juge Wilson n'a eu aucune difficulté à conclure qu'une fiducie par interprétation avait été créée en faveur de l'intimée en raison d'un [TRADUCTION] «effort conjoint» et d'un [TRADUCTION] «travail d'équipe», par suite desquels M. Pettkus a pu acquérir la propriété de Franklin Centre, puis les propriétés de East Hawkesbury et

Appeal imposed the constructive trust in the interests of justice and, with respect, I would do the same.

IV

The "Common Law" Relationship

One question which must be addressed is whether a constructive trust can be established having regard to what is frequently, and euphemistically, referred to as a "common law" relationship. The purpose of constructive trust is to redress situations which would otherwise denote unjust enrichment. In principle, there is no reason not to apply the doctrine to common law relationships. It is worth noting that counsel for Mr. Pettkus, and I think correctly, did not, in this Court, raise the common law relationship in defence of the claim of Miss Becker, otherwise than by reference to *The Family Law Reform Act, 1978,* 1978 (Ont.) c. 2.

Courts in other jurisdictions have not regarded the absence of a marital bond as any problem. See *Cooke v. Head*[13]; *Eves v. Eves*[14]; *Spears v. Levy, supra*; and in the United States, *Marvin v. Marvin*[15] and a comment thereon (1977), 90 Harv. L.R. 1708. In *Marvin* the Supreme Court of California stated that constructive trust was available to give effect to the reasonable expectations of the parties, and to the notion that unmarried co-habitants intend to deal fairly with each other.

I see no basis for any distinction, in dividing property and assets, between marital relationships and those more informal relationships which subsist for a lengthy period. This was not an economic partnership nor a mere business relationship, nor a casual encounter. Mr. Pettkus and Miss Becker lived as man and wife for almost twenty years. Their lives and their economic well-being were fully integrated. The equitable principle on which the remedy of constructive trust rests is broad and

[13] [1972] 2 All E.R. 38.
[14] [1975] 3 All E.R. 768.
[15] (1976), 557 P.2d 106.

de West Hawkesbury. La Cour d'appel de l'Ontario a imposé l'application de la fiducie par interprétation afin que justice soit faite et, avec égards, je suis d'avis de l'appliquer également.

IV

La relation de «fait»

Il faut se demander si nous pouvons établir la fiducie par interprétation dans le contexte de ce que l'on appelle souvent et par euphémisme une relation «de fait». La fiducie par interprétation vise à rectifier des situations qui autrement entraîneraient un enrichissement sans cause. En principe, rien ne s'oppose à l'application de la doctrine aux relations de fait. Il convient de souligner qu'avec raison à mon avis, l'avocat de M. Pettkus n'a pas opposé, devant cette Cour, la relation de fait en défense à la réclamation de Mlle Becker, sauf par la référence à *La Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*, 1978 (Ont.) chap. 2.

Les tribunaux d'autres pays n'ont pas considéré que l'absence de lien matrimonial créait des problèmes. Voir *Cooke v. Head*[13]; *Eves v. Eves*[14]; *Spears v. Levy*, précité; et, aux États-Unis, *Marvin v. Marvin*[15] et un commentaire de cet arrêt (1977), 90 Harv. L.R. 1708. Dans *Marvin*, la Cour suprême de la Californie a déclaré que l'on pouvait appliquer la fiducie par interprétation pour répondre aux expectatives raisonnables des parties et pour appuyer le concept que des personnes qui cohabitent sans être mariées ont l'intention d'être équitables l'une envers l'autre.

Rien ne justifie que l'on fasse une distinction, lors du partage des biens et de l'actif, entre les personnes mariées et les personnes liées par une relation moins formelle qui dure depuis longtemps. Il ne s'agissait pas d'une association économique, ni d'une simple relation d'affaire ni d'une rencontre fortuite. M. Pettkus et Mlle Becker ont vécu comme mari et femme pendant vingt ans. Leur vie et leur bien-être économique étaient entièrement intégrés. Le principe d'*equity* sur lequel repose le

[13] [1972] 2 All E.R. 38.
[14] [1975] 3 All E.R. 768.
[15] (1976) 557 P.2d 106.

general; its purpose is to prevent unjust enrichment in whatever circumstances it occurs.

In recent years, there has been much statutory reform in the area of family law and matrimonial property. Counsel for Mr. Pettkus correctly points out that *The Family Law Reform Act, 1978*, of Ontario, enacted after the present litigation was initiated, does not extend the presumption of equal sharing, which now applies between married persons, to common law spouses. The argument is made that the courts should not develop equitable remedies that are 'contrary to current legislative intent'. The rejoinder is that legislation was unnecessary to cover these facts, for a remedy was always available in equity for property division between unmarried individuals contributing to the acquisition of assets. The effect of the legislation is to divide 'family assets' equally, regardless of contribution, as a matter of course. The Court is not here creating a presumption of equal shares. There is a great difference between directing that there be equal shares for common law spouses, and awarding Miss Becker a share equivalent to the money or money's worth she contributed over some nineteen years. The fact there is no statutory regime directing equal division of assets acquired by common law spouses is no bar to the availability of an equitable remedy in the present circumstances.

V

Settlement or Estoppel

Another question argued is whether acceptance by Miss Becker of $3,000, forty beehives and a car, upon temporary separation, and the imposition of terms on her return, estopped further claim. The trial judge answered this question in the affirmative. With respect, I think that he was wrong in so holding. A person is not estopped by accepting a sum of money, the amount of which is not negotiated, thrown at one's feet. There was no agreement by Miss Becker as to her interest in what I would regard as joint assets, nor can the conditions exacted by Miss Becker upon resumption of

recours à la fiducie par interprétation est large et général; son but est d'empêcher l'enrichissement sans cause dans toutes les circonstances où il se présente.

Au cours des dernières années, le droit de la famille et des biens matrimoniaux a fait l'objet de nombreuses réformes législatives. L'avocat de M. Pettkus a correctement fait remarquer que la *Loi de 1978 sur la réforme du droit familial*, de l'Ontario, adoptée après l'introduction du présent litige, n'assujettit pas les conjoints de fait à la présomption de partage égal, qui s'applique maintenant aux personnes mariées. Il prétend que les cours ne doivent pas élaborer de recours en *equity* qui sont [TRADUCTION] «contraires à l'intention législative actuelle». La réplique est qu'il n'était pas nécessaire de légiférer à cet égard, puisqu'il existe toujours un recours en *equity* pour le partage des biens entre des personnes non mariées qui ont contribué à l'acquisition de l'actif. L'effet de cette loi est de partager également, d'office, l'«actif de famille» sans tenir compte de la contribution. La Cour ne crée pas ici une présomption de parts égales. Il y a une grande différence entre ordonner le partage égal pour des conjoints de fait, et accorder à Mlle Becker une part équivalente à la contribution qu'elle a apportée, en argent ou en valeur monétaire, pendant environ dix-neuf ans. L'absence d'un régime légal prescrivant le partage égal de l'actif acquis par les conjoints de fait ne s'oppose pas à l'utilisation d'un recours en *equity* dans les présentes circonstances.

V

Le règlement ou la fin de non-recevoir

Une autre question débattue est de savoir si l'acceptation par Mlle Becker de $3,000, de quarante ruches et d'une automobile lors de leur séparation temporaire, et l'imposition de conditions à son retour l'empêchent de réclamer davantage. Le juge de première instance a répondu affirmativement à cette question. Avec égards, je crois qu'il s'est trompé. On ne peut opposer une fin de non-recevoir à une personne qui accepte un montant d'argent jeté à ses pieds, et dont le montant n'est pas négocié. Mlle Becker n'a souscrit à aucune entente quant à son droit dans ce que je considère

cohabitation be any bar to her claim. The filing by Mrs. Rathwell in *Rathwell, supra*, of a caveat claiming a one-tenth interest was held to be no basis for rejecting her claim to share equally in assets accumulated by her and her husband.

VI

Causal Connection

The matter of "causal connection" was also raised in defence of Miss Becker's claim, but does not present any great difficulty. There is a clear link between the contribution and the disputed assets. The contribution of Miss Becker was such as enabled, or assisted in enabling, Mr. Pettkus to acquire the assets in contention. For the unjust enrichment principle to apply it is obvious that some connection must be shown between the acquisition of property and corresponding deprivation. On the facts of this case, that test was met. The indirect contribution of money and the direct contribution of labour is clearly linked to the acquisition of property, the beneficial ownership of which is in dispute. Miss Becker indirectly contributed to the acquisition of the Franklin Centre farm by making possible an accelerated rate of saving by Mr. Pettkus. The question is really an issue of fact: was her contribution sufficiently substantial and direct as to entitle her to a portion of the profits realized upon sale of the Franklin Centre property and to an interest in the Hawkesbury properties, and the beekeeping business? The Ontario Court of Appeal answered this question in the affirmative, and I would agree.

VII

Respective Proportions

Although equity is said to favour equality, as stated in *Rathwell* it is not every contribution which will entitle a spouse to a one-half interest in the property. The extent of the interest must be proportionate to the contribution, direct or indi-

comme un avoir conjoint, et on ne peut dire que les conditions posées par Mlle Becker lors de la reprise de la vie commune s'opposent à sa réclamation. On a statué dans l'arrêt *Rathwell*, précité, que le dépôt par Mme Rathwell d'une opposition par laquelle elle réclamait un droit d'un dixième ne pouvait justifier le rejet de sa réclamation de partage égal des avoirs accumulés par son mari et elle.

VI

Le lien causal

La question du «lien causal» a également été opposée en défense à la réclamation de Mlle Becker, mais ne présente pas de difficultés sérieuses. Il y a un lien évident entre la contribution et les avoirs en cause. La contribution de Mlle Becker a été telle qu'elle a permis à M. Pettkus d'acquérir les avoirs en litige ou l'a aidé à les acquérir. Pour que le principe de l'enrichissement sans cause s'applique, il faut, bien sûr, établir un lien entre l'acquisition des biens et l'appauvrissement correspondant. Les faits de l'espèce indiquent que l'on a satisfait à ce critère. La contribution indirecte d'argent et la contribution directe de labeur sont clairement liées à l'acquisition des biens dont la propriété véritable est en litige. Mlle Becker a contribué indirectement à l'acquisition de la ferme de Franklin Centre en permettant à M. Pettkus d'épargner plus rapidement les fonds nécessaires. Il s'agit vraiment d'une question de fait: sa contribution était-elle suffisamment importante et directe pour lui donner droit à une partie des profits réalisés sur la vente de la propriété de Franklin Centre et lui donner un droit sur les propriétés de Hawkesbury et sur l'exploitation apicole? La Cour d'appel de l'Ontario a répondu par l'affirmative à cette question et je souscris à cette conclusion.

VII

Les parts respectives

Bien que l'on dise que l'*equity* favorise l'égalité, l'arrêt *Rathwell* dit que toute contribution ne donnera pas droit à l'époux à une moitié des biens. La part de propriété doit être proportionnelle à la contribution, directe ou indirecte, du requérant. Là

rect, of the claimant. Where the contributions are unequal, the shares will be unequal.

It could be argued that Mr. Pettkus contributed somewhat more to the material fortunes of the joint enterprise than Miss Becker but it must be recognized that each started with nothing; each worked continuously, unremittingly and sedulously in the joint effort. Physically, Miss Becker pulled her fair share of the load; weighing only 87 pounds, she assisted in moving hives weighing 80 pounds. Any difference in quality or quantum of contribution was small. The Ontario Court of Appeal in its discretion favoured an even division and I would not alter that disposition, other than to note that in any accounting regard should be had to the $2,600, and the car, which Miss Becker received on separation in 1974.

VIII

I would not wish to conclude without reference to the conflict of laws question lurking in the background in this case. The evidence discloses that the parties were domiciled in the Province of Quebec from 1955 until at least August 1971, when vacant property was purchased in East Hawkesbury, Ontario. It is arguable that the laws of the Province of Quebec, and not those of Ontario, should govern the rights of the parties. This point was not pleaded, nor was it addressed by court or counsel in any of the earlier proceedings. It was not alluded to during argument in this Court.

The position in law would seem to me to be as stated by Professor Jean Castel, in *Droit international privé québécois* (Butterworths, 1980, pp. 803-4). Although, before an inferior court, the law of another province in Canada has to be proven in the same manner as the law of a foreign country, that rule does not have application in an appeal to this Court. This Court follows the rule drawn by the House of Lords in the case of *Cooper v. Cooper*[16] and takes judicial notice of the statutory

[16] (1888), 13 A.C. 88(H.L.).

où les contributions sont inégales, les parts seront inégales.

Bien que l'on puisse prétendre que M. Pettkus a contribué un peu plus que Mlle Becker à la réussite matérielle de l'entreprise conjointe, il faut reconnaître qu'ils sont tous deux partis de rien; chacun a travaillé continuellement, assidûment et diligemment à l'entreprise conjointe. Physiquement, Mlle Becker n'a pas craint de faire sa part; bien qu'elle ne pesât que 87 livres, elle a aidé à déplacer des ruches en pesant 80. S'il y a une différence dans la qualité ou la valeur de la contribution, elle est mince. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire la Cour d'appel de l'Ontario a favorisé un partage égal et je ne modifierais pas cette décision, sauf pour faire remarquer que dans le calcul, il faudrait tenir compte du montant de $2,600 et de l'automobile que Mlle Becker a reçus lors de la séparation en 1974.

VIII

Je ne peux terminer sans mentionner la question de droit international privé qui se profile à l'arrière-plan de cette affaire. La preuve révèle que les parties étaient domiciliées dans la province de Québec de 1955 au moins jusqu'au mois d'août 1971, au moment de l'achat de la propriété vacante de East Hawkesbury (Ontario). On pourrait prétendre que les lois de la province de Québec et non celles de l'Ontario devraient régir les droits des parties. Ce point n'a pas été plaidé et n'a pas retenu l'attention des tribunaux ni des avocats dans les procédures antérieures. Il n'a pas été mentionné pendant les débats devant cette Cour.

A mon avis, la situation juridique est celle énoncée par le professeur Jean Castel, dans *Droit international privé québécois* (Butterworths, 1980, aux pp. 803 et 804). Bien que devant un tribunal d'instance inférieure, il faille faire la preuve de la loi d'une autre province du Canada comme s'il s'agissait de la loi d'un pays étranger, cette règle ne s'applique pas à un pourvoi devant cette Cour. Cette Cour suit la règle énoncée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Cooper v. Cooper*[16] et prend

[16] (1888), 13 A.C. 88 (C.L.).

or other laws prevailing in every province and territory in Canada even in cases where such statutes or laws may not have been proved in evidence in the courts below. This Court however, does not take judicial notice of the law of another province unless that law has been pleaded in the first instance. As Cannon J. held in *Canadian National Steamship Co. Ltd. v. Watson*[17] at p. 18 it would be unfair for this Court to take, *suo motu*, judicial notice of the statutory laws of another province, ignored in the pleadings.

I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

The following are the reasons delivered by

MARTLAND J.—I am in agreement with the reasons of Mr. Justice Ritchie. I would like to outline my reasons for my concurrence with his opinion as to the application of the theory of a constructive trust in the circumstances of this case.

This is the third case to come before this Court in which a claim has been made for the recognition of an interest in what is claimed to be "family property". In the first two cases, the claim was made by a wife as against her husband. In the present case the claimant is not the wife of the defendant.

In *Murdoch v. Murdoch*[18] the wife claimed a partnership interest in three quarters sections of land and in all the other assets of her husband. The trial judge held that the parties were not partners and also held that no relationship existed which would give the plaintiff the right to claim as a joint owner in equity any of the farm assets. Before this Court, the wife's claim was placed, not on the basis of partnership, but on the existence of a resulting trust. In rejecting the wife's claim, the majority of the Court referred to the two leading English authorities, *Pettitt v. Pettitt*[19] and *Gissing v. Gissing*[20], and also pointed out that in those

[17] [1939] S.C.R. 11.
[18] [1975] 1 S.C.R. 423.
[19] [1970] A.C. 777.
[20] [1971] A.C. 886.

connaissance d'office des lois des autres provinces et territoires du Canada même lorsqu'on n'en a pas fait la preuve devant les tribunaux d'instance inférieure. Toutefois, cette Cour ne prend pas connaissance d'office de la loi d'une autre province si on ne l'a pas plaidée en première instance. Comme l'a décidé le juge Cannon dans *Canadian National Steamship Co. Ltd. c. Watson*[17] à la p. 18, il serait injuste que cette Cour prenne, de son propre chef, connaissance d'office des lois d'une autre province qui n'on pas été mentionnées dans les procédures écrites.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens à l'intimée.

Version française des motifs rendu par

LE JUGE MARTLAND—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Ritchie. J'aimerais exposer brièvement les raisons pour lesquelles j'appuie son opinion quant à l'application de la théorie de la fiducie par interprétation dans les circonstances de l'espèce.

Il s'agit de la troisième affaire soumise à cette Cour dans laquelle on revendique la reconnaissance d'un droit sur ce que l'on prétend être des «biens familiaux». Dans les deux premières affaires, la réclamation a été présentée par l'épouse contre son mari. En l'espèce, la requérante n'est pas l'épouse du défendeur.

Dans l'arrêt *Murdoch c. Murdoch*[18] l'épouse réclamait un droit de sociétaire sur trois quarts-de-section de terrain ainsi que sur les autres biens de son mari. Le juge de première instance a conclu que les parties n'étaient pas associées et qu'aucun lien ne permettait à l'épouse de réclamer en qualité de propriétaire conjointe en *equity* un bien de ferme. Devant cette Cour, l'épouse a fait valoir l'existence d'une fiducie par déduction et non pas l'existence d'une société. En rejetant la réclamation de l'épouse, la majorité de la Cour a examiné deux arrêts anglais qui font autorité, *Pettitt v. Pettitt*[19] et *Gissing v. Gissing*[20] et a également fait

[17] [1939] R.C.S. 11.
[18] [1975] 1 R.C.S. 423.
[19] [1970] A.C. 777.
[20] [1971] A.C. 886.

cases the wife's claim related only to the matrimonial home. The following passages were cited with approval from the judgment of Lord Diplock in the latter case at pp. 905 and 909:

A resulting, implied or constructive trust—and it is unnecessary for present purposes to distinguish between these three classes of trust—is created by a transaction between the trustee and the cestui que trust in connection with the acquisition by the trustee of a legal estate in land, whenever the trustee has so conducted himself that it would be inequitable to allow him to deny to the cestui que trust a beneficial interest in the land acquired. And he will be held so to have conducted himself if by his words or conduct he has induced the cestui que trust to act to his own detriment in the reasonable belief that by so acting he was acquiring a beneficial interest in the land.

. . .

Difficult as they are to solve, however, these problems as to the amount of the share of a spouse in the beneficial interest in a matrimonial home where the legal estate is vested solely in the other spouse, only arise in cases where the court is satisfied by the words or conduct of the parties that it was their common intention that the beneficial interest was not to belong solely to the spouse in whom the legal estate was vested but was to be shared between them in some proportion or other.

The conclusion reached was that in the light of the evidence in the case and the findings of the trial judge it could not be said that there was any intention that the beneficial interest in the property in issue did not belong solely to the husband.

The majority of the Court did not adopt the opinion expressed in the dissenting judgment that the court could find a constructive trust, not dependent upon evidence of intention.

In *Rathwell v. Rathwell*[21], this Court was again concerned with a claim by a wife to a beneficial

[21] [1978] 2 S.C.R. 436.

remarquer que, dans ces arrêts, la réclamation de l'épouse ne visait que le foyer conjugal. Les passages suivants des motifs de lord Diplock dans ce dernier arrêt, aux pp. 905 et 909, ont été cités et approuvés:

[TRADUCTION] Une fiducie résultante, implicite ou par détermination de la loi—et il n'est pas nécessaire aux fins du présent appel de faire une distinction entre ces trois catégories de fiducie—est créée lors d'une opération entre le fiduciaire et le bénéficiaire de la fiducie portant sur l'acquisition par le fiduciaire d'un droit de propriété légal dans un bien-fonds, toutes les fois que le fiduciaire s'est conduit d'une manière telle qu'il serait inéquitable de lui permettre de refuser au bénéficiaire de la fiducie une part de bénéficiaire de la propriété véritable du bien-fonds acquis. Et l'on conclura à une telle conduite si par ses paroles ou sa conduite le fiduciaire a incité le bénéficiaire d'une fiducie à agir contre son propre intérêt dans la croyance raisonnable qu'en agissant ainsi il faisait l'acquisition d'une part de la propriété véritable du bien-fonds en question.

. . .

Si difficiles qu'ils soient à résoudre, cependant, ces problèmes relatifs au montant de la part d'un conjoint dans la propriété véritable d'un foyer conjugal lorsque seul l'autre conjoint est investi de la propriété légale, ne se présentent que dans des cas où la cour est convaincue par les paroles ou la conduite des parties que leur intention commune était que la propriété véritable n'appartiendrait pas seulement au conjoint investi de la propriété légale mais serait partagée entre eux selon telle ou telle proportion.

On a conclu que, compte tenu de la preuve en l'espèce et des conclusions du juge de première instance, on ne pouvait pas affirmer qu'il existait une quelconque intention de ne pas restreindre au mari seulement la propriété véritable du bien en litige.

La majorité de la Cour ne s'est pas ralliée à l'opinion, formulée dans les motifs de dissidence, que la Cour pouvait conclure à une fiducie par interprétation qui ne dépend pas d'une preuve d'intention.

Dans *Rathwell c. Rathwell*[21], cette Cour était de nouveau saisie de la réclamation d'une épouse

[21] [1978] 2 R.C.S. 436.

interest in land, the legal ownership of which was in the husband and such interest was found, on the evidence, to exist. Three members of the Court were of the view that the claim could be supported on the basis of either a resulting trust, founded upon common intention, or a constructive trust, founded upon unjust enrichment. Two members of the Court decided that a resulting trust had been established and that a decision as to the application of the principles of unjust enrichment and constructive trust was unnecessary. Four members of the Court rejected the application, in cases of this kind, of the doctrine of a constructive trust as a means of preventing unjust enrichment. The reasons for so deciding are to be found at pages 471 to 474 of the report, and it is unnecessary to repeat them here.

As pointed out earlier, the present case is not concerned with the rights of a wife and so is not concerned with matrimonial property. Any recognition by this Court of the right of a court to impose on one party the obligations of a trustee in respect of his property for the benefit of another founded on unjust enrichment has very wide implications and involves judicial legislation in that it extends substantially the existing law.

The scope of the doctrine of unjust enrichment in English law is somewhat nebulous. The broad statement of Lord Mansfield in the case of *Moses v. Macferlan*[22] was made in relation to an action for money had and received to the plaintiff's use. It was in this context that he said: "The gist of this kind of action is that the defendant, upon the circumstances of the case, is obliged by ties of natural justice and equity to refund the money".

Later decisions did not support the generality of this statement but held that the action for money had and received had to be placed on a contractual basis founded upon an implied promise to pay. Scrutton L.J. in *Holt v. Markham*[23] at p. 513, referred to the "now discarded doctrine of Lord

[22] (1760), 2 Burr. 1005.
[23] [1923] 1 K.B. 504.

visant un droit de propriété véritable sur des terres dont le mari détenait le titre de propriété légale, et la preuve a permis de reconnaître l'existence de ce droit. Trois membres de la Cour ont exprimé l'avis que l'on pouvait appuyer la réclamation soit sur la fiducie par déduction, fondée sur l'intention commune, soit sur la fiducie par interprétation, fondée sur l'enrichissement sans cause. Deux membres de la Cour ont décidé que la fiducie par déduction avait été prouvée et qu'il n'était pas nécessaire de décider de l'application des principes de l'enrichissement sans cause et de la fiducie par interprétation. Quatre membres de la Cour ont rejeté l'application, dans des affaires de cette nature, de la doctrine de la fiducie par interprétation comme moyen de prévenir l'enrichissement sans cause. Les motifs en sont exposés aux pp. 471 à 474 du recueil et il n'est pas nécessaire de les répéter ici.

Comme on l'a souligné plus tôt, la présente affaire ne porte pas sur les droits d'une épouse et elle ne vise donc pas les biens matrimoniaux. Toute reconnaissance par cette Cour du droit d'un tribunal d'imposer à une partie les obligations d'un fiduciaire relativement à ses biens pour le bénéfice d'une autre personne, en raison de l'enrichissement sans cause, a de vastes répercussions et met en jeu le droit prétorien puisqu'elle donne une portée beaucoup plus grande au droit existant.

La portée de la doctrine de l'enrichissement sans cause dans le droit anglais est quelque peu imprécise. La déclaration générale de lord Mansfield dans l'arrêt *Moses v. Macferlan*[22] a été faite dans le cadre d'une action en répétition de l'indû que pouvait introduire le demandeur. C'est dans ce contexte qu'il a dit: [TRADUCTION] «le motif principal de cette action est que le défendeur est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'*equity* de rembourser l'argent.

Les décisions postérieures n'ont pas appuyé la généralité de cette déclaration; elles ont jugé que l'action en répétition de l'indû devait être examinée dans un cadre contractuel sur le fondement d'une promesse implicite de payer. Dans l'arrêt *Holt v. Markham*[23] à la p. 513, le lord juge

[22] (1760), 2 Burr. 1005.
[23] [1923] 1 K.B. 504.

Mansfield". Lord Greene in *Morgan v. Ashcroft*[24], at p. 62, said that: "Lord Mansfield's view upon those matters, attractive though they be, cannot now be accepted as laying the true foundation of the claim".

Although Lord Wright in the case of *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour, Ld.*[25] at p. 62 expressed sympathy with Lord Mansfield's view, it may be noted that some years later in *Reading v. Attorney-General*[26] at pp. 513-14, Lord Porter said:

It was suggested in argument that the learned judge founded his decision solely upon the doctrine of unjust enrichment and that that doctrine was not recognized by the law of England. My Lords, the exact status of the law of unjust enrichment is not yet assured. It holds a predominant place in the law of Scotland and, I think, of the United States, but I am content for the purposes of this case to accept the view that it forms no part of the law of England and that a right to restitution so described would be too widely stated.

In the *Pettitt (supra)* case, at p. 795, Lord Reid dealt with the theory of unjust enrichment as follows:

Some reference was made to the doctrine of unjust enrichment. I do not think that that helps. The term has been applied to cases where a person who has paid money sues for its return. But there does not appear to be any English case of the doctrine being applied where one person has improved the property of another. And in any case it would only result in a money claim whereas what a spouse who makes an improvement is seeking is generally a beneficial interest in the property which has been improved.

He did not suggest that in that case recognition of the beneficial interest could be effected by means of a constructive trust.

[24] [1938] 1 K.B. 49.
[25] [1943] A.C. 32.
[26] [1951] A.C. 507.

Scrutton a fait mention de la [TRADUCTION] «doctrine de lord Mansfield maintenant abandonnée». Dans l'arrêt *Morgan v. Ashcroft*[24] à la p. 62, lord Greene a dit: [TRADUCTION] «L'opinion de lord Mansfield sur ces questions, aussi attrayante soit-elle, ne peut maintenant être acceptée comme étayant réellement la réclamation.»

Bien que dans l'arrêt *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ld.*[25] à la p. 62, lord Wright ait manifesté sa sympathie pour l'opinion de lord Mansfield, nous pouvons remarquer que quelques années plus tard dans l'arrêt *Reading v. Attorney-General*[26] aux pp. 513 et 514, lord Porter a dit:

[TRADUCTION] ... On a prétendu au cours des débats que le savant juge avait fondé sa décision uniquement sur la doctrine de l'enrichissement sans cause et que cette doctrine n'était pas reconnue en droit anglais. Vos Seigneuries, la situation réelle de l'enrichissement sans cause n'est pas encore certaine. Elle tient une place prédominante en droit écossais et américain, je crois, mais pour les fins de cette affaire je me limiterai à accepter l'opinion qu'elle ne fait pas partie du droit anglais et qu'un droit à la restitution ainsi décrit le serait trop largement.

Dans l'arrêt *Pettitt* (précité), à la p. 795, lord Reid a examiné la théorie de l'enrichissement sans cause comme suit:

[TRADUCTION] On a fait mention de la doctrine de l'enrichissement sans cause. A mon avis, cela n'est d'aucune utilité. On a appliqué l'expression à des situations où une personne qui a effectué des paiements en réclame le remboursement en justice. Mais il ne semble pas y avoir dans la jurisprudence anglaise de cas où l'on ait appliqué la doctrine à une personne qui a participé à l'amélioration des biens d'une autre. Et, quoi qu'il en soit, cela ne donnerait lieu qu'à une réclamation pécuniaire, alors qu'un conjoint qui participe à une amélioration revendique généralement un droit de propriétaire dans les biens ainsi améliorés.

Il n'a pas laissé entendre que dans ce cas la reconnaissance d'un droit de propriété véritable pourrait s'effectuer au moyen de la fiducie par interprétation.

[24] [1938] 1 K.B. 49.
[25] [1943] A.C. 32.
[26] [1951] A.C. 507.

It would appear that in English law the existence of an unjust enrichment has been recognized in claims for the return of money, which was the case in *Moses v. Macferlan (supra)* in which Lord Mansfield's statement was made.

I turn now to the nature of a constructive trust as so far recognized. The areas in which a constructive trust has been found to exist have usually been in cases where a fiduciary relationship exists, *e.g.* a trustee or fiduciary taking advantage of his position to make a profit for himself. Such a trust has also been found to exist where a person having knowledge of an existing trust acquires the legal title to the trust property. In relation to the matter of unjust enrichment, the following passage appears in Snell's *Principles of Equity*, 27th ed., at p. 186:

> In some jurisdictions the constructive trust has come to be treated as a remedy for many cases of unjust enrichment; whenever the court considers that the property in question ought to be restored, it simply imposes a constructive trust on the recipient. In England, however, the constructive trust has in general remained essentially a substantive institution; ownership must not be confused with obligation, nor must the relationship of debtor and creditor be converted into one of trustee and *cestui que trust*. Yet the attitude of the courts may be changing; and although the constructive trust is probably not confined to cases arising out of a fiduciary relationship, it is far from clear what other circumstances suffice to raise it or how far it can be employed as a species of equitable remedy to enforce legal rights.

The authority for the statement "the attitude of the courts may be changing" is given in the case of *Hussey v. Palmer*[27]. In that case, the plaintiff went to live with her daughter and son-in-law and paid the cost of adding an extra bedroom to their house. The arrangement did not work and the plaintiff left. She sued to recover the money she had expended. In the Court of Appeal, Lord Denning found there was a constructive trust. Phillimore L.J. regarded the matter as a resulting trust and

[27] [1972] 1 W.L.R. 1286.

Il semblerait qu'en droit anglais, l'existence d'un enrichissement sans cause a été reconnue dans des réclamations en remboursement d'argent, ce qui était le cas dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* (précité) où lord Mansfield a fait sa déclaration.

J'examinerai maintenant la nature d'une fiducie par interprétation telle qu'on l'a reconnue jusqu'ici. C'est généralement dans des situations de relations fiduciaires que l'on a reconnu l'existence d'une fiducie par interprétation, par exemple, un fiduciaire qui profite de sa situation pour s'avantager. On a également reconnu l'existence d'une telle fiducie lorsqu'une personne informée de l'existence d'une fiducie acquiert le titre de propriété du bien en fiducie. Sur le sujet de l'enrichissement sans cause, on trouve le passage suivant dans Snell's *Principles of Equity*, 27e éd., à la p. 186:

> [TRADUCTION] Dans certains ressorts, on en est venu à considérer la fiducie par interprétation comme un moyen de remboursement pour de nombreux cas d'enrichissement sans cause; lorsqu'un tribunal est d'avis que le bien en question devrait être restitué, il impose simplement une fiducie par interprétation au bénéficiaire. En Angleterre, cependant, la fiducie par interprétation demeure essentiellement une institution indépendante; il ne faut pas confondre la propriété et les obligations, et il ne faut pas transformer la relation débiteur-créancier en une relation de fiduciaire-bénéficiaire de la fiducie. Toutefois, l'attitude des tribunaux est peut-être en voie de se modifier; et bien que la fiducie par interprétation ne soit sans doute pas confinée aux situations découlant d'une relation fiduciaire, on est loin de connaître avec certitude les autres circonstances qui suffisent à la faire jouer ou dans quelle mesure on peut l'utiliser comme moyen de redressement d'*equity* pour faire respecter des droits reconnus par la loi.

On trouve un appui à la déclaration que [TRADUCTION] «l'attitude des tribunaux est peut-être en voie de se modifier» dans l'arrêt *Hussey v. Palmer* [27]. Dans cette affaire, la demanderesse est allée vivre avec sa fille et son gendre et a payé les frais de l'addition d'une chambre à leur maison. Ils ne se sont pas entendus et la demanderesse est partie. Elle a intenté une action en recouvrement de l'argent qu'elle avait dépensé. En Cour d'appel, lord Denning a conclu à l'existence d'une fiducie

[27] [1972] 1 W.L.R. 1286.

Cairns L.J. dissented.

The validity of the judgment is questionable as indicated in the discussion of it in (1973), 89 L.Q.R. 2. Lord Denning, at p. 1290, referred to a constructive trust as a "trust imposed by law whenever justice and good conscience require it". Commenting on this generalization, the note in the *Law Quarterly Review* says, at p. 4:

> These large generalisations will be more familiar to American than English lawyers. This applies especially to the notion that resulting and constructive trusts run together and the amalgam is an equitable remedy: see *e.g.* A.W. Scott (1955) 71 L.Q.R. 39. Indeed, even those writers who have some sympathy with the notion do not suggest that it is already part of English law: see Hanbury's *Modern Equity* (9th ed. 1969) at pp. 222, 223; Goff & Jones, *Restitution* (1966) at p. 37.

In my opinion, the adoption of this concept involves an extension of the law as so far determined in this Court. Such an extension is, in my view, undesirable. It would clothe judges with a very wide power to apply what has been described as "palm tree justice" without the benefit of any guidelines. By what test is a judge to determine what constitutes unjust enrichment? The only test would be his individual perception of what he considered to be unjust.

As stated in the reasons of my brother Ritchie, the determination of this appeal in the respondent's favour can be made in accordance with existing authority and without recourse to the concepts of unjust enrichment and constructive trust.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Dickson which contain an accurate account of the facts giving rise to this appeal.

I agree with the conclusion reached by Mr. Justice Dickson, but as my reasons for doing so are

par interprétation. Le lord juge Phillimore a considéré qu'il s'agissait d'une fiducie par déduction et le lord juge Cairns était dissident.

On peut s'interroger sur la validité de cet arrêt comme le fait ressortir le commentaire paru à (1973), 89 L.Q.R. 2. Lord Denning, à la p. 1290, a parlé de la fiducie par interprétation comme d'une [TRADUCTION] «fiducie imposée en droit lorsque la justice et la bonne conscience l'exigent». Voici le commentaire de cette généralisation dans le *Law Quarterly Review*, à la p. 4:

> [TRADUCTION] Ces grandes généralisations seront plus familières aux avocats américains qu'aux avocats anglais. Cela s'applique particulièrement à la notion que les fiducies par déduction et par interprétation vont de pair et que leur réunion fournit un redressement en *equity*: voir par exemple A.W. Scott (1955) 71 L.Q.R. 39. En réalité, même les auteurs qui ont quelque sympathie pour la notion ne prétendent pas qu'elle fait déjà partie du droit anglais: voir Hanbury's *Modern Equity* (9e éd. 1969) aux pp. 222 et 223; Goff & Jones, *Restitution* (1966) à la p. 37.

A mon avis, l'adoption de ce concept comporte un élargissement du droit que cette Cour a déjà défini. Un tel élargissement n'est pas souhaitable à mon avis. Il conférerait aux juges un très vaste pouvoir d'appliquer ce que l'on a appelé «la justice distributive» sans le bénéfice de quoi que ce soit pour les orienter. Quel critère doit appliquer le juge pour décider ce qui constitue l'enrichissement sans cause? Le seul critère serait sa perception personnelle de ce qu'il considère comme injuste.

Comme l'a dit mon collègue le juge Ritchie dans ses motifs, ce pourvoi peut être tranché en faveur de l'intimée selon la jurisprudence existante et sans recourir aux concepts de l'enrichissement sans cause et de la fiducie par interprétation.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE:—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Dickson qui contiennent un exposé précis des faits qui ont donné lieu à ce pourvoi.

Je suis d'accord avec la conclusion de mon collègue le juge Dickson, mais puisque mes motifs

substantially different from those adopted by him, I find it necessary to express myself separately.

The difference between us stems from the fact that I find that the advances made by the plaintiff throughout the period of the relationship between the parties to be such as to support the existence of a resulting trust which is governed by the legal principles adopted by the majority of this Court in *Murdoch v. Murdoch*[28] and *Rathwell v. Rathwell*[29], whereas Mr. Justice Dickson, in applying the reasoning contained in the dissenting opinions in those cases to the evidence as he interpreted it, concluded that the circumstances disclosed the existence of a constructive trust arising out of and dependant upon the applicability of the doctrine of "unjust enrichment".

The leading cases of *Pettitt v. Pettitt*[30] and *Gissing v. Gissing*[31] afford a comprehensive though not entirely consistent review of the law respecting the disposition to be made of matrimonial property in the event of a marital break-up and it is made plain from the judgment of Lord Denning in *Cooke v. Head*[32] at p. 40 that the same considerations apply in the case of a man and his mistress who had been living in what is now frequently referred to as a "common law" relationship.

I should make it plain at the outset that in my opinion contributions made by one spouse and freely accepted by the other for use in the acquisition and operation of a common household give rise to a rebuttable presumption that, at the time when the contributions were made and accepted, the parties both intended that there would be a resulting trust in favour of the donor to be measured in terms of the value of the contributions so made. This opinion appears to me to be borne out in the following passage taken from the reasons for judgment of Lord Pearson in *Gissing v. Gissing, supra*, at p. 902 where he said:

If the respondent's claim is to be valid, I think it must be on the basis that by virtue of contributions made by

[28] [1975] 1 S.C.R. 423.
[29] [1978] 2 S.C.R. 436.
[30] [1970] A.C. 777.
[31] [1971] A.C. 886.
[32] [1972] 2 All E.R. 38.

diffèrent considérablement des siens, j'estime nécessaire de rédiger un avis distinct.

La différence entre nos motifs découle de ma conclusion que les contributions de la demanderesse au cours de sa vie commune avec le défendeur appuient l'existence d'une fiducie par déduction régie par les principes de droit adoptés par la majorité de cette Cour dans les arrêts *Murdoch c. Murdoch*[28] et *Rathwell c. Rathwell*[29] alors qu'en appliquant les opinions dissidentes de ces arrêts à son interprétation de la preuve, mon collègue le juge Dickson a conclu que les circonstances révélaient l'existence d'une fiducie par interprétation qui découle et est tributaire de l'applicabilité de la doctrine de «l'enrichissement sans cause».

Les arrêts qui font autorité, *Pettitt v. Pettitt*[30] et *Gissing v. Gissing*[31] offrent un examen d'ensemble, bien qu'il ne soit pas entièrement cohérent, du droit relatif au partage des biens matrimoniaux lorsqu'il y a rupture du mariage. Il ressort clairement des motifs de lord Denning dans l'arrêt *Cooke v. Head*[32] à la p. 40, que les mêmes considérations s'appliquent dans le cas d'un homme et de sa concubine qui ont vécu ce que, de nos jours, on appelle souvent une relation «de fait».

Je dois dire clairement au départ qu'à mon avis, les contributions d'un conjoint, librement acceptées par l'autre pour servir à l'achat et à l'entretien d'un foyer commun, font naître une présomption réfutable qu'au moment des contributions et de leur acceptation, les deux parties avaient l'intention de créer, en faveur du donateur, une fiducie par déduction, équivalente à la valeur des contributions. Cette opinion me paraît confirmée par le passage suivant extrait des motifs de jugement de lord Pearson dans *Gissing v. Gissing*, précité, à la p. 902 où il dit:

[TRADUCTION] Pour être valide, la réclamation de l'intimée doit s'appuyer sur ce qu'en raison de ses contri-

[28] [1975] 1 R.C.S. 423.
[29] [1978] 2 R.C.S. 436.
[30] [1970] A.C. 777.
[31] [1971] A.C. 886.
[32] [1972] 2 All E.R. 38.

her towards the purchase of the house there was and is a resulting trust in her favour. If she did make contributions of substantial amount towards the purchase of the house, there would prima facie be a resulting trust in her favour. That would be the presumption as to the intention of the parties at the time or times when she made and he accepted the contributions. The presumption is a rebuttable presumption: it can be rebutted by evidence showing some other intention. The question as to what was the intention is a question of fact to be decided by the jury if there is one or, if not, by the judge acting as a jury.

The same proposition is elaborated in the reasons for judgment of Lord Reid, speaking for himself, in the case of *Pettitt v. Pettitt, supra*, where he said at p. 795:

But it is, I think, proper to consider whether, without departing from the principles of the common law, we can give effect to the view that, even where there was in fact no agreement, we can ask what the spouses, or reasonable people in their shoes, would have agreed if they had directed their minds to the question of what rights should accrue to the spouse who has contributed to the acquisition or improvement of property owned by the other spouse. There is already a presumption which operates in the absence of evidence as regards money contributed by one spouse towards the acquisition of property by the other spouse. So why should there not be a similar presumption where one spouse has contributed to the improvement of the property of the other? I do not think that it is a very convincing argument to say that, if a stranger makes improvements on the property of another without any agreement or any request by that other that he should do so, he acquires no right. The improvement is made for the common enjoyment of both spouses during the marriage. It would no doubt be different if the one spouse makes the improvement while the other spouse who owns the property is absent and without his knowledge or consent. But if the spouse who owns the property acquiesces in the other making the improvement in circumstances where it is reasonable to suppose that they would have agreed to some right being acquired if they had thought about the legal position, I can see nothing contrary to ordinary legal principles in holding that the spouse who makes the improvement has acquired such a right.

Some reference was made to the doctrine of unjust enrichment. I do not think that that helps. The term has been applied to cases where a person who has paid money sues for its return. But there does not appear to

butions à l'achat de la maison, il s'est créé une fiducie par déduction en sa faveur. Si ses contributions à l'achat de la maison sont importantes, il y aura de prime abord une fiducie par déduction en sa faveur. Il y aura une présomption quant à l'intention des parties à l'époque ou aux époques où elle a versé les contributions et où il les a acceptées. Cette présomption est réfutable: elle peut être réfutée par une preuve établissant une autre intention. La question de déterminer l'intention est une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation du jury ou du juge agissant comme jury, le cas échéant.

La même proposition est élaborée dans les motifs de jugement de lord Reid, qui parlait pour lui-même, dans l'arrêt *Pettitt v. Pettitt*, précité; il a dit à la p. 795:

[TRADUCTION] Mais il convient, je crois, d'examiner si sans nous écarter des principes de *common law*, nous pouvons donner effet à l'opinion voulant que, même en l'absence d'une entente, on peut se demander à quel accord les conjoints, ou des personnes raisonnables placées dans leur situation, seraient parvenus s'ils avaient fait l'effort de déterminer les droits dont bénéficierait le conjoint qui a contribué à l'achat ou à l'amélioration des biens de l'autre conjoint. Il y a déjà une présomption qui s'applique, en l'absence de preuves, quant à l'argent versé par un conjoint pour permettre l'achat de biens par l'autre conjoint. Aussi, pourquoi une autre présomption semblable ne s'appliquerait-elle pas lorsque le conjoint a contribué à l'amélioration des biens de l'autre? Il n'est pas très convaincant de prétendre que si un étranger améliore les biens d'une autre personne sans que cette dernière le lui ait demandé ou n'y ait consenti, il n'acquiert aucun droit. L'amélioration est faite pour l'avantage commun des deux conjoints pendant le mariage. La situation serait certainement différente si l'un des conjoints apportait les améliorations alors que l'autre conjoint, qui détient le titre de propriété, est absent et qu'il n'est pas au courant ou n'a pas donné son consentement. Mais si le conjoint propriétaire consent à ce que l'autre apporte des améliorations dans des circonstances où il serait raisonnable de supposer que les parties auraient convenu qu'un certain droit en découlerait si elles s'étaient arrêtées à considérer la situation juridique, il n'y a, à mon avis, rien de contraire aux principes juridiques ordinaires à conclure que le conjoint qui apporte les améliorations a acquis un tel droit.

On a fait mention de la doctrine de l'enrichissement sans cause. A mon avis, cela n'est d'aucune utilité. On a appliqué l'expression à des situations où une personne qui a effectué des paiements en réclame le rembourse-

be any English case of the doctrine being applied where one person has improved the property of another.

It will be seen that in the case of *Gissing v. Gissing, supra,* four of the law Lords spoke of "implied constructive or resulting trusts" without any apparent distinction and this is to be found in other English authorities, but it is nevertheless noteworthy that when there is a conjugal relationship between the parties the presumption of a resulting trust arises for the benefit of the donor wherever there is evidence of a contribution of money or money's worth having been made by one spouse towards the acquisition of property by the other, and this presumption persists until the relationship is dissolved unless it is rebutted by "evidence showing some other intention".

It is contended on behalf of the appellant that the five-year difference in age between the parties constituted evidence justifying the learned trial judge in making the following finding:

> Now, the Plaintiff claims a share in the said farm on the ground that at the beginning of their relationship they had implicitly agreed to carry on a common enterprise, the Plaintiff paying the living expenses and the Defendant doing the saving. I am sure that the Plaintiff wouldn't have voiced such a proposition explicitly at the time, bent as she was on marriage, for fear of scaring away a prospective husband. I find that her contribution to the household expenses during the first few years of their relationship was in the nature of risk capital invested in the hope of seducing a younger Defendant into marriage.

With the greatest respect for those who take a different view, I cannot but find that this gratuitously insulting conclusion is based upon the trial judge's opinion that, whatever her motives may have been, the respondent's intention in making the contributions was to benefit the appellant and it is clear that they were acquiesced in and indeed freely accepted by him to be applied for and towards the maintenance and operation of a joint household. Accordingly, the last quoted comments of the trial judge in my view support the existence of a common intention giving rise to a presumption of a resulting trust and nothing said by him in this

ment en justice. Mais il ne semble pas y avoir dans la jurisprudence anglaise de cas où l'on ait appliqué la doctrine à une personne qui a participé à l'amélioration des biens d'une autre.

Dans l'arrêt *Gissing v. Gissing,* précité, quatre des lords juges ont parlé de «fiducie par interprétation ou fiducie par déduction» sans faire de distinction évidente et cela se retrouve dans d'autres arrêts anglais. Il convient néanmoins de souligner que, lorsque les parties sont mariées, il y a une présomption de fiducie par déduction en faveur du donateur si l'on démontre qu'un conjoint a fait une contribution financière, ou son équivalent, pour permettre à l'autre d'acquérir des biens. Cette présomption subsiste jusqu'à ce qu'il y ait rupture du mariage, à moins qu'elle ne soit réfutée par [TRADUCTION] «une preuve établissant une autre intention».

On a prétendu au nom de l'appelant que la différence d'âge de cinq ans entre les parties était une preuve qui permettait au savant juge de première instance de parvenir à la conclusion suivante:

> [TRADUCTION] Maintenant la demanderesse réclame une part de la ferme parce qu'au début de leur relation, ils avaient convenu implicitement de mener une entreprise commune: le demanderesse devait payer les dépenses courantes et le défendeur épargner. Je suis certain que la demanderesse, qui tenait à se marier, n'aurait pas formulé expressément une telle proposition à l'époque, de crainte d'éloigner un mari éventuel. Je considère que sa contribution aux dépenses du ménage pendant les premières années de leur relation était de la nature d'un capital à risques investi dans l'espoir d'amener, le défendeur, un homme plus jeune qu'elle au mariage.

Avec égards pour ceux qui sont d'avis contraire, je suis obligé de reconnaître que cette conclusion insultante et gratuite s'appuie sur l'opinion du juge de première instance que, quels qu'aient pu être les motifs de l'intimée lorsqu'elle a fait ses contributions, son intention était de donner des avantages à l'appelant. Il est évident que ce dernier les a acceptées librement et qu'il les a utilisées pour l'entretien et la vie courante de leur foyer commun. Par conséquent, les derniers commentaires du juge de première instance que je viens de citer, appuient à mon avis l'existence d'une intention commune qui donne naissance à une présomp-

paragraph can be considered as evidence rebutting the presumption to which the contributions made by the respondent give rise.

In the latter part of his reasons for judgment the learned trial judge made a further finding to the effect that a trust entitling the respondent to a part interest in the Ontario farm properties "was not in the contemplation of either party even implicitly".

My brother Dickson has made a finding that "The trial judge held there was no common intention, either expressed or implied. It is important to note that the Ontario Court of Appeal did not overrule that finding".

For my part, however, I would adopt the following paragraph from the judgment of Wilson J.A. in the Court of Appeal:

> With all due respect to the learned trial judge I think he vastly underrated the contribution the appellant made to the acquisition of the assets held in the respondent's name. The parties lived together as husband and wife, although unmarried, for almost twenty years during which period she not only made possible the acquisition of their first property in Franklin Centre by supporting them both exclusively from her income during 'the lean years', but worked side by side with him for fourteen years building up the bee-keeping operation which was their main source of livelihood. The respondent did not deny that she supported him for the first five or six years of their lives together while he put away all his earnings in the bank.

In my view these findings constitute evidence that the Hawkesbury properties and the beekeeping operation were subject to a resulting trust in favour of the respondent and I do not find it necessary to import the doctrine of "unjust enrichment" from the law of quasi contract in order to dispose of this appeal.

As to the share to which the respondent is entitled upon the dissolution of the relationship, I am, like my brother Dickson, in accord with the disposition made of the matter by the Court of Appeal.

tion de fiducie par déduction et rien de ce qu'il dit dans ce paragraphe ne peut être considéré comme une preuve réfutant la présomption à laquelle donnent naissance les contributions de l'intimée.

Dans la dernière partie de ses motifs, le juge de première instance conclu également [TRADUCTION] "qu'aucune des parties n'avait envisagé . . . , même implicitement," une fiducie donnant droit à une partie des fermes de l'Ontario à l'intimée.

Mon collègue le juge Dickson a conclu que "Le juge de première instance a décidé qu'il n'y avait pas d'intention commune, expresse ou implicite. Il est important de souligner que la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas écarté cette conclusion".

Toutefois, pour ma part, je suis d'avis d'adopter le passage suivant des motifs de jugement de Madame le juge Wilson de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Avec égards pour le savant juge de première instance, je crois qu'il a grandement sous-estimé la contribution de l'appelante à l'acquisition des avoirs dont l'intimé détient les titres de propriété. Les parties ont vécu ensemble comme mari et femme, sans être mariées, pendant presque vingt ans; au cours de cette période, elle a non seulement rendu possible l'acquisition de leur première propriété à Franklin Center en payant uniquement à même son revenu les dépenses d'entretien pendant "les années maigres", mais elle a travaillé à ses côtés pendant quatorze ans à mettre sur pied l'exploitation apicole, leur principale source de revenus. L'intimé n'a pas nié qu'elle a assuré sa subsistance pendant les cinq ou six premières années de leur vie commune alors qu'il mettait ses économies à la banque.

A mon avis ces conclusions constituent la preuve que les propriétés de Hawkesbury et l'exploitation apicole sont assujetties à une fiducie par déduction en faveur de l'intimée et je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'emprunter la doctrine de "l'enrichissement sans cause" au droit des quasi-contrats pour trancher ce pourvoi.

Quant à la part à laquelle l'intimée a droit à la rupture de la relation, je suis, comme mon collègue le juge Dickson, en accord avec la décision de la Cour d'appel sur cette question.

As I reach the same conclusion as my brother Dickson, it may be thought that these reasons are somewhat superfluous but I find myself unable to subscribe to the application of the doctrine of constructive trusts under the circumstances here disclosed and I wish to disassociate myself with any suggestion in conformity with the trial judge's bitter criticism of the respondent.

In view of all the above, I would dismiss this appeal with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the defendant, appellant: Barry B. Swadron and Susan G. Himel, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Langlois & Wilkins, Hawkesbury.

Puisque je parviens à la même conclusion que mon collègue le juge Dickson, on croira peut-être que ces motifs sont superflus, mais je me sens incapable de souscrire à l'application de la doctrine de la fiducie par interprétation dans les circonstances de l'espèce et je désire me dissocier de toute proposition qui suit la critique sévère que le juge de première instance a adressée à l'intimée.

Compte tenu de tout ce qui précède, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens à l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs du défendeur, appelant: Barry B. Swadron et Susan G. Himel, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Langlois & Wilkins, Hawkesbury.

Frank Doerner, Jr., Carl Doerner and Joseph Doerner (*Defendants*) *Appellants*;

and

Bliss & Laughlin Industries Incorporated and Doerner Products Co. Limited (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

Northfield Metal Products Ltd. (*Defendant*).

1980: May 26, 27; 1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Sale of business — Non-competition covenants — Covenants to run for five years from the later of the date of execution of the agreement or the date of leaving employment with the company — Clause in share purchase agreement that all representations, warranties and agreements to survive for six years from the date of closing — Appellants left company nine years after sale and became engaged in enterprise in direct competition with the company — Whether or not the non-competitive covenants were enforceable.

This appeal concerned a restrictive covenant given by vendors of shares in a manufacturing company to the purchasers, who then continued the operation of the company's business. The purchasers, alleging a breach of the covenant, brought action against the vendors. At trial, the covenant was held to be unenforceable, but an appeal was allowed and the vendors appealed to this Court.

In 1965, as part of the purchase agreement, the vendors, who were key men in the company's operation, signed covenants prohibiting their carrying on or associating with a like business for a period of five years from the later of the date of the execution of the agreement or the date of their leaving the employ of the company. The vendors resigned their positions in the spring 1974, and shortly after incorporated a business that operated in direct competition with the Doerner Company and significantly reduced its sales and profits.

Appellants denied the allegation of breach of covenant and based their argument in part on an article in

Frank Doerner, fils, Carl Doerner et Joseph Doerner (*Défendeurs*) *Appelants*;

et

Bliss & Laughlin Industries Incorporated et Doerner Products Co. Limited (*Demanderesses*) *Intimées*;

et

Northfield Metal Products Ltd. (*Défenderesse*).

1980: 26 et 27 mai; 1980: 18 décembre.

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

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

Contrats — Vente d'entreprise — Clauses de non-concurrence — Engagements en vigueur pendant cinq ans à partir de la date de la signature du contrat ou de la date de la cessation de l'emploi auprès de la compagnie, selon la plus tardive des deux — Clause dans la promesse d'achat des actions portant que les déclarations, garanties et conventions demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature — Appelants quittant la compagnie neuf ans après la vente et se lançant dans une entreprise en concurrence directe avec la compagnie — Clauses de non-concurrence exécutoires ou non.

Ce pourvoi vise une clause restrictive consentie par les vendeurs des actions d'une compagnie manufacturière aux acheteurs, qui ont ensuite continué à exploiter l'entreprise en question. Les acheteurs, qui allèguent une violation de la clause, ont intenté une action contre les vendeurs. En première instance, la clause n'a pas été jugée exécutoire, mais un appel de ce jugement a été accueilli et les vendeurs se pourvoient maintenant devant cette Cour.

En 1965, dans le cadre de l'acte de vente, les vendeurs, qui sont les hommes clé de la compagnie, ont signé un engagement qui leur interdisait de poursuivre une entreprise semblable ou de s'y associer pour une période de cinq ans à compter de la date de la signature de la vente ou de celle de la cessation de leur emploi avec la compagnie, selon la plus tardive des deux. Les vendeurs ont démissionné au printemps 1974 et peu après ont constitué une compagnie qui faisait une concurrence directe à la compagnie Doerner, ce qui en a considérablement diminué les ventes et profits.

Les appelants ont nié l'allégation de violation de clause et ont fondé leurs prétentions en partie sur un

the share purchase agreement which provided that all representations, warranties and agreements made by the sellers would survive for a period of six years from the date of closing. It was contended that the vendors were freed from the burden of the covenant restricting employment if they remained in the company's employ for six years or more. In addition, appellants maintained that they were entitled to discontinue their employment with the company, freed from all obligation created by the covenant, because of wrongful and monopolistic practices of the company contrary to the public interest and public policy.

Held: The appeal should be dismissed.

The covenant was clearly and unambiguously expressed and was not affected by the terms of other articles. It fixed without doubt the time limits of its own operation—from the date of the closing of the transaction if the Doerners thereafter did not become employed by the company, and from the date of termination of employment if they did. The covenant did not bind the Doerners for a period extending too far into the future.

The covenant was approached as one given by the vendor of a business to a purchaser; it formed part of a transaction involving the purchase of a going concern and the paying for more than physical assets. Considering the interests of the parties, the covenant was clearly reasonable. The purchaser, having paid for the goodwill, was entitled to the five-year protection. The Doerners' key role in both their business and the industry made their continuation in the business very desirable and their competition very dangerous. The restrictions imposed in the case at bar fell within the range the authorities considered acceptable.

The covenant was neither unreasonable with respect to the public interest nor contrary to public policy and therefore void. Both the trial judge and the Court of Appeal concluded the allegations of wrongdoing on the part of the purchasers had not been made out. While there was conflicting evidence on the issues of fact involved in the appellants' allegations of wrongdoing, the judgment of the trial judge was not to be replaced in order to reach conclusions different from those which he adopted. It was not shown that the trial judge had made any error. The plaintiff's conduct, nevertheless, was relevant to the determination of his right to relief. Where the conduct of the purchaser in the operation of the acquired business had a direct relationship to the restrictive covenant obtained on the purchase, and where his behaviour in the conduct of that business raised grave issues of public policy, the Court could refuse to

paragraphe de la promesse d'achat des actions qui porte que toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature du contrat. Les vendeurs appelants prétendent être libérés de la clause restreignant leur emploi s'ils demeurent au service de la compagnie pendant six ans ou plus. De plus, ils prétendent avoir le droit de mettre fin à leur emploi auprès de la compagnie, libres de toute obligation créée par la clause, à cause des pratiques illégales et monopolistiques adoptées par la compagnie et contraires à l'intérêt et à l'ordre public.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La clause est clairement formulée en termes non équivoques et elle n'est pas touchée par les termes des autres articles. Elle fixe indubitablement la durée de son application, soit depuis la date de la signature du contrat si les Doerner n'entrent pas au service de la compagnie ou depuis la date de la cessation de leur emploi s'ils travaillent pour elle. L'engagement ne liait pas les Doerner pendant une période trop étendue.

L'engagement doit être considéré comme un engagement consenti par le vendeur d'une entreprise à un acheteur; il fait partie d'une opération d'achat d'une entreprise en activité dont le prix englobait plus que les biens corporels. Compte tenu des intérêts des parties, la clause est manifestement raisonnable. L'acheteur, qui a payé l'achalandage, a droit à la protection de cinq ans. Le rôle clé des Doerner à la fois dans leur entreprise et dans l'industrie rendait très souhaitable le maintien de leur présence au sein de l'entreprise et très dangereuse leur concurrence avec elle. Les restrictions imposées en l'espèce cadrent bien avec ce que les décisions faisant autorité ont considéré acceptables.

Cet engagement n'était ni déraisonnable vis-à-vis de l'intérêt public, ni contraire à l'ordre public et donc nul. Le juge de première instance ainsi que la Cour d'appel ont conclu que les allégations d'inconduite de la part des acheteurs n'avaient pas été prouvées. Malgré certains éléments de preuve contradictoires sur les questions de fait énoncées dans les allégations d'inconduite présentées par les appelants, le jugement du juge de première instance ne devrait pas être modifié afin de parvenir à des conclusions différentes. On n'a pas démontré que le juge de première instance a commis une erreur. Néanmoins, la conduite du demandeur est pertinente à la détermination de son droit à un redressement. Lorsque la façon dont l'acheteur exploite l'entreprise acquise a un lien direct avec la clause restrictive obtenue lors de l'achat, et lorsque son comportement à cet égard pose de graves questions d'ordre public, la Cour peut refuser

accord the relief to which he otherwise would have been entitled.

Of the allegations of wrongdoing, only the assertion that the respondents had engaged in monopolistic and anti-competitive pricing could have had any relevance for it could have had a bearing on the question of reasonableness with respect to the public interest. The question of the reasonableness of a covenant of this nature, moreover, had to be considered with reference to the time the covenant was given. Even if these practices had been established, the sale of the business and the giving of the restrictive covenant did not create a monopoly for one existed before the sale.

Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Ltd., [1894] A.C. 535; *Elsley v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *H.F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*, [1973] 2 O.R. 57, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from a judgment of O'Leary J. Appeal dismissed.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *J. Colangelo*, for the defendants, appellants.

J. John Brunner, Peter Israel and *R. Hobson, Q.C.*, for the plaintiffs, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal concerns a restrictive covenant given by vendors of the shares in a manufacturing company to the purchasers, who then continued the operation of the company's business. The purchasers, alleging a breach of the covenant, brought action against the vendors. At trial the covenant was held to be unenforceable, but an appeal was allowed and the vendors now appeal to this Court.

By an agreement, dated August 20, 1965, the respondents Bliss & Laughlin Industries Incorporated, a very large United States conglomerate operating principally in the steel industry, agreed to purchase from the appellants all of the issued and outstanding capital stock of Frank Doerner & Sons Limited. The appellant vendors are brothers

[1] (1978), 5 B.L.R. 132.

d'accorder le redressement auquel il aurait autrement droit.

Des allégations d'inconduite, seule celle portant que les intimées se sont livrées à une fixation de prix monopolistique et contraire à la concurrence peut être pertinente parce qu'elle pourrait avoir un effet sur la question du caractère raisonnable vis-à-vis de l'intérêt public. En outre, la question du caractère raisonnable d'une clause de cette nature doit être examinée par rapport à l'époque où elle a été consentie. Même si de telles pratiques avaient été prouvées, la vente de l'entreprise et l'acquiescement à la clause restrictive n'ont pas créé un monopole puisqu'il en existait un avant la vente.

Jurisprudence: *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Ltd.*, [1894] A.C. 535; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*, [1973] 2 O.R. 57.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel interjeté du jugement du juge O'Leary. Pourvoi rejeté.

D. K. Laidlaw, c.r., et *J. Colangelo*, pour les défendeurs, appelants.

J. John Brunner, Peter Israel et *R. Hobson, c.r.*, pour les demanderesses, intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ce pourvoi vise une clause restrictive consentie par les vendeurs des actions d'une compagnie manufacturière aux acheteurs qui ont continué à exploiter l'entreprise en question. Les acheteurs, qui allèguent une violation de la clause, ont intenté une action contre les vendeurs. En première instance, la clause n'a pas été jugée exécutoire, mais un appel de ce jugement a été accueilli et les vendeurs se pourvoient maintenant devant cette Cour.

Par contrat en date du 20 août 1965, l'intimée Bliss & Laughlin Industries Incorporated, un conglomérat américain très important qui faisait principalement affaires dans l'industrie sidérurgique, a convenu d'acheter aux appelants toutes les actions émises et en circulation de Frank Doerner & Sons Limited. Les vendeurs appelants sont des frères

[1] (1978), 5 B.L.R. 132.

who, with their father, had commenced the business of Frank Doerner & Sons Limited in 1945. The Doerner Company was engaged in designing, manufacturing, and marketing chair bases and controls. The bases are the structures upon which the chairs are mounted and the controls are the devices that control swivel, height, tilt and inclination of the chairs. The appellants are all skilled tool and die makers who were actively engaged in designing and developing chair controls and bases for the company, as well as acting as officers and directors. Frank Doerner, Jr. was president, Carl Doerner was vice-president, and Joseph Doerner was secretary and sales manager. Carl Doerner was responsible for production and plant operation.

qui, avec leur père, ont mis sur pied l'entreprise de Frank Doerner & Sons Limited en 1945. La compagnie Doerner s'occupait de conception, de fabrication et de mise en marché de bâtis et d'éléments de réglage de siège. Les bâtis sont les structures sur lesquelles sont assemblés les sièges, et les éléments de réglage sont les mécanismes qui permettent de les faire pivoter ou d'en régler la hauteur, l'angle ou l'inclinaison. Les appelants sont tous des outilleurs-ajusteurs expérimentés qui participaient activement à la conception et à la mise au point des éléments de contrôle et des bâtis de siège pour la compagnie, tout en agissant comme dirigeants et administrateurs. Frank Doerner, fils, était président, Carl Doerner était vice-président et Joseph Doerner était secrétaire et directeur des ventes. Carl Doerner était responsable de la production et de l'exploitation de l'usine.

The agreement for sale provided for a sale to the respondent of all the issued shares of Frank Doerner & Sons Limited for $900,000. It also provided in s. 5(d) that the Doerners would sign and deliver to the respondent covenants in a form prescribed in the agreement. The covenant is reproduced hereunder:

As further consideration for your purchase of my 268 ⅓ shares of common stock of Frank Doerner & Sons Limited pursuant to the Purchase Agreement among you and Carl Doerner, Joseph Doerner and myself, dated August , 1965, I hereby covenant and agree that for a period of five years from the closing date of such purchase or from the termination of my employment with you, whichever period ends later, I will not, without your prior written consent, anywhere within any county of any province of Canada or of any state of the United States in which the business of Frank Doerner & Sons Limited is being carried on, own, manage, operate, control, be employed by, participate in, or be connected with the ownership, management, operation or control of any business (i) similar to the type of business being conducted by Frank Doerner & Sons Limited or (ii) operating under any name similar to that of Frank Doerner & Sons Limited; nor will I give any such business any information concerning the business, products, prices, customers or affairs of Frank Doerner & Sons Limited.

La promesse de vente prévoyait la vente à l'intimée de toutes les actions émises de Frank Doerner & Sons Limited pour un montant de $900,000. Elle stipulait également à l'al. 5d) que les Doerner signeraient et remettraient à l'intimée des engagements dans la forme prescrite au contrat. Voici le texte de l'engagement:

[TRADUCTION] En contrepartie supplémentaire de votre achat de mes 268⅓ actions ordinaires de Frank Doerner & Sons Limited aux termes de la promesse d'achat conclue entre vous et Carl Doerner, Joseph Doerner et moi-même, le août 1965, je m'engage par la présente, pour une période de cinq ans qui suivra la date de signature de cette vente ou celle de la cessation de mon emploi auprès de vous, selon la plus tardive des deux, à ne pas acquérir à titre de propriétaires, à ne pas administrer, exploiter, contrôler une entreprise (i) semblable au type d'entreprise exploitée par Frank Doerner & Sons Limited ou (ii) exploitée sous un nom semblable à celui de Frank Doerner & Sons Limited, sans avoir obtenu votre consentement préalable, dans un comté d'une province du Canada ou dans un état des États-Unis où l'entreprise de Frank Doerner & Sons Limited est exploitée, à ne pas en devenir l'employé ou à ne pas détenir de droits dans la propriété, l'administration, l'exploitation ou le contrôle de pareille entreprise; je m'engage également à ne fournir à aucune entreprise de ce genre de renseignements concernant l'entreprise, les prix des produits, la clientèle ou les affaires de Frank Doerner & Sons Limited.

Each of the Doerners executed and delivered a covenant in this form to the respondents and, although the individual covenants were signed after the agreement for sale, it was understood by all the parties, and these proceedings have been based upon the proposition that the restrictive covenants contained in the three forms executed and delivered to the respondents form a part of the purchase agreement and part of the consideration for the purchase price.

After the execution and delivery of documents, the respondents assumed control of the company's business. Shortly after the purchase, the name of the company was altered to Doerner Products Co. Limited. The Doerners remained in the employ of the company. Frank Doerner, Jr. became vice-president and general manager, and Joseph Doerner became sales manager and assistant to Frank Doerner. The company carried on its operation much as it had prior to the sale of shares, at least in so far as its relations and dealings with its customers were concerned. The Doerners, in addition to being officers of the company, remained active in the business operations much as they had before the sale. On April 30, 1974 Joseph Doerner resigned and a few days later Carl Doerner also resigned. Upon learning of his brothers' resignations, Frank Doerner, Jr. resigned on May 24, 1974. At about this time one Edward Dorsch, who had been plant superintendent, also resigned.

In the summer of 1974, the appellants and Edward Dorsch incorporated a company known as Northfield Products Limited. This company went into the business of manufacturing and selling chair controls and bases in competition with the Doerner Products Co. Limited, which will hereafter be referred to as the Doerner Company. By November of 1974 it was in full production. During the first year of this competition the Doerner Company's sales declined and its profits were substantially reduced.

This action commenced on October 4, 1974. It alleged a breach of the restrictive covenant and sought an injunction against its continuation by

Chacun des Doerner a signé et remis un engagement de cette teneur à l'intimée et, bien que les engagements individuels aient été signés après la promesse de vente, toutes les parties ont convenu, et les présentes procédures sont fondées sur cette proposition, que les clauses restrictives contenues dans les trois formules signées et remises à l'intimée font partie de l'acte de vente et constituent un élément de la contrepartie du prix d'achat.

Après la signature et la remise des documents, l'intimée a pris la direction de l'entreprise de la compagnie. Peu après l'achat, le nom de la compagnie a été modifié pour devenir Doerner Products Co. Limited. Les Doerner sont demeurés au service de la compagnie. Frank Doerner, fils, est devenu vice-président et directeur général, et Joseph Doerner est devenu directeur des ventes et adjoint de Frank Doerner. La compagnie a continué l'exploitation de son entreprise à peu près comme elle le faisait avant la vente des actions, du moins en ce qui concerne ses rapports et ses négociations avec ses clients. En plus d'être dirigeants de la compagnie, les Doerner ont continué de participer à l'exploitation de l'entreprise comme ils le faisaient avant la vente. Le 30 avril 1974, Joseph Doerner a démissionné et quelques jours plus tard Carl Doerner a fait de même. Lorsqu'il a appris la démission de ses frères, Frank Doerner, fils, a démissionné le 24 mai 1974. Vers la même époque, Edward Dorsch, qui avait été surintendant de la manufacture, a également donné sa démission.

Au cours de l'été 1974, les appelants et Edward Dorsch ont constitué une compagnie désignée sous le nom de Northfield Products Limited. Cette compagnie s'est lancée dans la fabrication et la vente d'éléments de réglage et de bâtis de siège en concurrence avec Doerner Products Co. Limited, ci-après appelée la compagnie Doerner. En novembre 1974, elle était en pleine activité. Pendant la première année de cette concurrence, les ventes de la compagnie Doerner ont baissé et ses profits ont considérablement diminué.

Cette action a été intentée le 4 octobre 1974. On y invoquait une violation de la clause restrictive et on cherchait à obtenir une injonction qui mettrait

the operation of the Northfield business, as well as damages for breach of the covenant. The Doerners defended denying any breach of the covenant. The denial was based upon their construction of the covenant which relied on the provision of article 7(a) of the share purchase agreement, which provided:

All representations, warranties and agreements made by Sellers shall survive for a period of six years from the date of Closing. All representations, warranties and agreements made by Sellers hereunder shall be joint and several.

They contended that the five-year period from the closing date of the agreement, or from the termination of employment with the company, could bind them only if they left their employment with the company before the six-year period referred to in article 7(a) had expired. In any event, they argued that they were freed from the burden of the covenant if they remained in the company's employment for the full six-year period. A further point was advanced to the effect that they were entitled to discontinue their employment with the company, freed from any obligation created by the covenant, because of certain unlawful and monopolistic practices adopted by the purchasers in the operation of the Doerner Company's business. They asserted that the respondents had directed: unlawful accounting practices concerned with the valuation of inventory for the purpose of tax evasion; the dumping of Doerner products in the United States at very low prices to the detriment of the Canadian company, and to the benefit of the American companies controlled by the respondent; the misuse of a Canadian government grant; and monopolistic and anti-competitive pricing. As a result of the alleged misconduct, it was claimed that they were justified in leaving the company's employment and that the restrictive covenant should not be enforced against them.

At trial the action was dismissed. The trial judge found that the restrictive covenant was reasonable with reference to the interests of the parties concerned and reasonable in the interests of the public. He considered that the covenant provided no more than adequate protection to the purchaser and it did not create a monopoly because a monopoly already existed, the Doerner

fin à l'exploitation de l'entreprise Northfield, de même que des dommages-intérêts pour violation de la clause. Les Doerner ont nié toute violation de la clause. Leur dénégation est fondée sur leur interprétation de la clause qui s'appuie sur les dispositions de l'al. 7a) de la promesse de vente des actions, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature du contrat. Toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs seront conjointes et solidaires.

Ils prétendent qu'ils ne peuvent être liés pour la période de cinq ans depuis la date de signature du contrat ou depuis celle de la cessation de leur emploi auprès de la compagnie que s'ils quittent leur emploi auprès de la compagnie avant l'expiration de la période de six ans prévue à l'al. 7a). Quoi qu'il en soit, ils prétendent qu'ils sont libérés de l'engagement s'ils demeurent au service de la compagnie pendant les six ans complets. Ils prétendent de plus avoir le droit de mettre fin à leur emploi auprès de la compagnie, libres de toute obligation créée par la clause, à cause de pratiques illégales et monopolistiques adoptées par les acheteurs dans l'exploitation de l'entreprise de la compagnie Doerner. Ils affirment que les intimées ont ordonné: des pratiques comptables illégales relatives à l'évaluation du stock dans un but d'évasion fiscale; le dumping de produits Doerner aux États-Unis à des prix très bas au préjudice de la compagnie canadienne et à l'avantage des compagnies américaines sous la haute main de l'intimée; l'emploi impropre d'une subvention du gouvernement canadien; et une méthode de fixation des prix monopolistiques et contraire à la concurrence. Compte tenu de la mauvaise administration imputée, ils prétendent que leur démission est justifiée et que la clause restrictive ne peut leur être opposée.

L'action a été rejetée en première instance. Le juge de première instance a conclu que la clause restrictive était raisonnable compte tenu des intérêts des parties en cause et raisonnable dans l'intérêt du public. Selon lui, la clause se borne à assurer une protection suffisante à l'acheteur; elle n'a pas créé de monopole puisqu'il en existait déjà un étant donné que la compagnie Doerner détenait

Company having had before the sale some ninety-eight per cent of the Canadian market in the products it sold and, accordingly, the covenant was not injurious to the public. He also found that allegations by the Doerners of unfair, unlawful, and monopolistic business practices of the employer were not supported in the evidence. He dismissed the action, however, on the basis that the proper interpretation of the sales agreement required that the restrictive covenant be read with s. 7(a) of the agreement which, he said, provided for a six-year warranty, and he held that the restrictive covenant could be effective only if the covenantors left the employment some time within the six-year period.

In the Court of Appeal Morden J.A., speaking for a unanimous court, disagreed with the trial judge upon the construction of the covenant and held it to be binding upon the covenantors. He held that the covenant was reasonable, both from the point of view of the parties and from that of the public interest, and he also considered that the evidence did not support the allegations of wrongdoing made against the respondents. The appeal was accordingly allowed and the respondents were held to be entitled to damages for breach of the covenant in an amount to be assessed by the local master at Kitchener. The claim for an injunction had been abandoned at the appeal.

In this Court counsel for the appellants based his argument on two propositions. He contended that the trial judge had been correct in his approach to the construction of the covenant and that its force was spent after the passage of six years from the closing of the sale transaction. He argued as well, and this was clearly his principal submission, that the covenant was not reasonable in the public interest and that the second branch of the test propounded by Lord Macnaghten in *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited*[2], at p. 565, had not been met.

The point raised concerning the construction of the covenant may be readily disposed of. I am in full agreement with the Court of Appeal on this

[2] [1894] A.C. 535.

quatre-vingt-dix-huit pour cent du marché canadien des produits qu'elle vendait et par conséquent, la clause n'était pas préjudiciable au public. Il a également conclu que les allégations de pratiques commerciales monopolistiques, injustes et illégales imputées à l'employeur ne sont pas appuyées par la preuve. Il a toutefois rejeté l'action pour le motif que la bonne interprétation du contrat de vente exige que la clause restrictive soit lue en corrélation avec l'al. 7a) lequel, a-t-il dit, accorde une garantie de six ans, et il a conclu que la clause restrictive ne pouvait être exécutoire que si les contractants quittaient leur emploi avant l'expiration de la période de six ans.

Le juge Morden qui a exposé les motifs unanimes de la Cour d'appel, n'a pas souscrit à l'opinion du juge de première instance relativement à l'interprétation de la clause et a jugé qu'elle liait les contractants. Il a jugé que la clause était raisonnable tant du point de vue des parties que de celui de l'intérêt public, et il est également d'avis que la preuve n'appuyait pas les allégations d'inconduite imputée aux intimées. Il a donc accueilli l'appel et jugé que les intimées ont droit à des dommages-intérêts pour violation de la clause, dont le montant serait déterminé par le *master* local à Kitchener. La demande d'injonction avait été abandonnée en appel.

Devant cette Cour, l'avocat des appelants a fondé ses prétentions sur deux propositions. Il a prétendu que le juge de première instance avait bien interprété la clause et que celle-ci avait perdu son effet à l'expiration du délai de six ans suivant la signature du contrat de vente. Il a prétendu également, et c'était là manifestement son principal moyen, que la clause n'était pas raisonnable dans l'intérêt public et que la deuxième partie du critère proposé par lord Macnaghten dans l'arrêt *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited*[2], à la p. 565, n'avait pas été respectée.

On peut facilement trancher la question relative à l'interprétation de la clause. Je souscris entièrement à l'opinion de la Cour d'appel sur cette

[2] [1894] A.C. 535.

point. In my view, the covenant is clearly expressed in language which creates no ambiguity and is not affected by the terms of article 7(a). It fixes without doubt the time limits of its own operation. The evidence indicated that the purchasers, in acquiring the company's shares, were seeking more than 'bricks and mortar'. They wanted the Doerners with the business and while the agreement, including the covenant, did not provide for their employment, it did provide that if they were not in the company's employment they would not be in competition with it. The purchasers wanted a five-year restriction on the future employment of the Doerners after they terminated their employment with the Doerner Company. This period was to run from the date of the closing of the transaction if the Doerners did not thereafter become employed by the company, and from the date of termination of employment if they did. This was expressed in unequivocal language and it cannot be said to have bound the Doerners for a period extending too far into the future—see *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*[3], for a covenant which governed the employment over a longer period. I can give no effect to this argument. The covenant, if not otherwise contrary to the law, bound the Doerners according to its clearly expressed terms at the time they terminated their employment with the Doerner Company.

The general principles governing cases of this nature are well settled. While, generally speaking, covenants in restraint of trade have been considered contrary to public policy and unenforceable, certain exceptions have been recognized. Covenants which restrain competition by an employee with his former employer, and those restraining a vendor of a business from competing with his purchaser, form two exceptions to the general rule where the restraint imposed is reasonable considering the interest of the respective parties and also the interest of the public. It is recognized that the public has an interest in the continued provision of goods and services resulting from the employment of skills acquired by employees in the course of their employment and,

[3] [1978] 2 S.C.R. 916.

question. A mon avis, la clause est clairement formulée en termes non équivoques et elle n'est pas touchée par les termes de l'al. 7a). Elle fixe indubitablement la durée de son application. Il ressort de la preuve qu'en acquérant les actions de la compagnie, les acheteurs désiraient obtenir plus qu'«une coquille». Ils désiraient obtenir la participation des Doerner au sein de l'entreprise et bien que le contrat, y compris la clause, ne prévît pas leur emploi, il prévoyait effectivement que s'ils ne travaillaient pas pour la compagnie, ils ne devaient pas lui faire concurrence. Les acheteurs voulaient imposer pendant cinq ans une restriction à l'emploi futur des Doerner après la cessation de leur emploi auprès de la compagnie Doerner. Cette période devait courir depuis la date de la signature du contrat si les Doerner n'entraient pas au service de la compagnie, et depuis la date de la cessation de leur emploi s'ils travaillaient pour elle. Cette condition était formulée en termes non équivoques et l'on ne peut dire qu'elle a lié les Doerner pendant trop longtemps—voir *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*[3], pour une clause qui limitait l'emploi pendant une plus longue période. Je ne peux retenir cet argument. Si l'engagement n'est pas par ailleurs contraire à la loi, il liait les Doerner conformément à sa teneur clairement exprimée si ces derniers mettaient fin à leur emploi auprès de la compagnie Doerner.

Les principes généraux qui s'appliquent aux affaires de cette nature sont bien établis. Bien que, d'une manière générale, les clauses restreignant le commerce aient été jugées contraires à l'intérêt public et sans force exécutoire, il existe certaines exceptions. Les clauses qui limitent la concurrence d'un employé avec son ancien employeur et celles qui empêchent le vendeur d'une entreprise d'entrer en concurrence avec l'acheteur sont deux exceptions à la règle générale lorsque la restriction imposée est raisonnable compte tenu des intérêts des parties respectives et également de l'intérêt du public. Il est reconnu que le public a un intérêt dans la fourniture continue de biens et de services qui résulte de l'utilisation de compétences acquises par des employés en cours d'emploi et, également,

[3] [1978] 2 R.C.S. 916.

as well, an interest in the continuation of the trade or business. Covenants which seek to interfere with such activity are to that extent injurious to the public interest. On the other hand, it is said that it is also in the public interest that a person who has built up a valuable business should be able to sell it and be competent in law to bind himself to refrain from competition with the business he has sold, so that a purchaser will be encouraged to acquire and thus maintain the business in active operation for the general public benefit, as well as his own profit.

A distinction also has been recognized between a covenant given by the vendor of a business to protect his purchaser, and one given by an employee terminating his employment to protect his employer from competition. This latter type of covenant, it has been said, may well arise from dealings between unequals and thus be oppressive to an employee. It may be acceptable, however, where the purpose of the covenant is not to prohibit the employee from exploiting the skills he has acquired in his past employment, but to protect the former employer against competition where the scope and nature of the employee's work and his contact with clients and customers of his former employer is such that he could readily do harm to his employer.

This subject was examined in this Court recently in *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd., supra,* where Dickson J. stated the principles, briefly summarized above, and collected the principal authorities. He accepted the test described by Lord Macnaghten in the *Nordenfelt* case, *supra*, and adopted in many other cases, to the effect that to be enforceable a restrictive covenant of this nature must be reasonable both in the interests of the parties to the covenant and in the interests of the public. He made it clear that the question of reasonableness must be determined in each case upon a consideration of the facts presented. With these considerations in mind I will seek to apply these principles to the peculiar facts of the case at bar.

To begin with, this case has been argued upon the basis that the covenant must be approached as

un intérêt dans la continuation du commerce ou de l'entreprise. Les clauses qui cherchent à entraver de telles activités sont, dans cette mesure, nuisibles à l'intérêt public. Par ailleurs, on dit qu'il est également dans l'intérêt public qu'une personne qui a bâti une entreprise de valeur puisse la vendre et s'engager légalement à ne pas faire concurrence à l'entreprise qu'elle a vendue, de sorte que l'acquisition et la poursuite de l'entreprise par un acheteur soient encouragées à l'avantage du public en général de même qu'à son propre avantage.

On a également reconnu une distinction entre une clause à laquelle consent le vendeur d'une entreprise pour protéger son acheteur, et celle à laquelle consent un employé qui met fin à son emploi pour protéger son employeur de la concurrence. On a dit que ce dernier type de clause pouvait bien résulter de pourparlers entre des personnes qui ne sont pas sur un pied d'égalité et être ainsi oppressif à l'égard de l'employé. Toutefois, elle peut être acceptable lorsque son but n'est pas d'interdire à l'employé d'utiliser les compétences qu'il a acquises dans son emploi antérieur, mais de protéger l'employeur antérieur contre la concurrence lorsque l'étendue et la nature du travail de l'employé et ses rapports avec les clients de son employeur antérieur sont tels qu'il pourrait facilement lui nuire.

Cette Cour s'est récemment penchée sur ce sujet dans l'affaire *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, précitée, où le juge Dickson a énoncé les principes, que je viens de résumer, et a réuni les principaux arrêts. Il a accepté le critère décrit par lord Macnaghten dans l'arrêt *Nordenfelt*, précité, et adopté dans plusieurs autres arrêts, portant que pour être exécutoire une clause restrictive de cette nature doit être raisonnable dans l'intérêt des parties et dans l'intérêt public. Il dit clairement que la question du caractère raisonnable doit être tranchée dans chaque cas après examen des faits présentés. Avec ces considérations à l'esprit, j'essaierai d'appliquer ces principes aux faits particuliers de l'espèce.

Tout d'abord, cette affaire a été plaidée en tenant pour acquis qu'il faut considérer l'engage-

a covenant given by a vendor of a business to a purchaser. Furthermore, it must be recognized that in the acquisition of this business the purchasers were acquiring a going concern and paying for more than physical assets. The price paid includes a substantial allowance for goodwill and the purchasers hoped to acquire, as has been pointed out, the services of the Doerners in the future conduct of the business. In the events which occurred they were successful in this last step but, again it must be noted, they were careful to guard against competition, having paid for the goodwill associated with the Doerners' intimate connection with the business by providing for a covenant restraining the Doerners from active competition for five years after the termination of their employment.

Both courts below considered the covenant was reasonable as between the parties and, indeed, the appellant did not strenuously argue that point before us. His attack was made on the aspect of reasonableness with regard to the public interest. In my view, the covenant was clearly reasonable considering the interests of the parties. The purchaser, having paid for the goodwill, was entitled to the five-year protection. The business had been conducted by the Doerners personally. They knew all the customers and enjoyed a virtual monopoly in the field in Canada. In the eyes of the public they *were* the business. It was this fact which made their continuation in the business so desirable, and their competition with the business so dangerous. The falloff in the business done by the company after the Doerners commenced a competitive operation in 1974 bears testimony to this proposition. While, as Dickson J. has said in *Elsley*, each case must be decided on the basis of its own peculiar facts, a review of the various cases on this subject (see such cases as *Elsley, supra; Herbert Morris, Limited v. Saxelby*[4]; *Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors*[5]; and generally Cheshire & Fifoot's *Law of Contract* (9th ed. 1976), at pp. 381 *et seq.*) would indicate that the restrictions imposed in the case at bar fall within the range of

[4] [1916] 1 A.C. 688.
[5] [1940] 4 All E.R. 179.

ment comme un engagement consenti par le vendeur d'une entreprise à un acheteur. De plus, il faut reconnaître que les acheteurs faisaient l'acquisition d'une entreprise en activité et que le prix englobait plus que les biens corporels. Une bonne partie du prix était destinée à l'achalandage et les acheteurs espéraient, comme je l'ai fait remarquer, obtenir les services des Doerner pour continuer à exploiter l'entreprise. Les événements ont montré qu'ils ont réussi dans cette dernière démarche mais, il faut encore le rappeler, ils ont eu la prudence de se prémunir contre la concurrence, puisqu'ils avaient payé l'achalandage relié aux rapports étroits des Doerner avec l'entreprise, en exigeant un engagement qui empêcherait ces derniers d'entrer en concurrence active pendant cinq ans après la cessation de leur emploi.

Les deux cours d'instance inférieure ont jugé que l'engagement était raisonnable entre les parties et, en fait, les appelants ne se sont pas acharnés à plaider cette question devant nous. Leurs arguments visaient plutôt l'aspect raisonnable de l'engagement vis-à-vis de l'intérêt public. A mon avis, l'engagement est manifestement raisonnable compte tenu des intérêts des parties. L'acheteur, qui a payé l'achalandage, a droit à la protection de cinq ans. L'entreprise avait été exploitée par les Doerner personnellement. Ils connaissaient tous les clients et jouissaient virtuellement d'un monopole dans le domaine au Canada. Aux yeux du public, ils *étaient* l'entreprise. C'est ce fait qui rendait si souhaitable le maintien de leur présence au sein de l'entreprise et si dangereuse leur concurrence avec elle. Le déclin des affaires de la compagnie après que les Doerner eurent mis sur pied une exploitation capable de la concurrencer en 1974, appuie cette proposition. Bien que, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Elsley*, chaque affaire doive être décidée à partir de ses faits particuliers, un examen de la jurisprudence sur ce sujet (voir des arrêts tels *Elsley*, précité; *Herbert Morris, Limited v. Saxelby*[4]; *Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors*;[5] et en général Cheshire & Fifoot's *Law of Contract* (9e éd. 1976) aux pp. 381 et suiv.) tend à indiquer que les restrictions imposées en l'espèce

[4] [1916] 1 A.C. 688.
[5] [1940] 4 All E.R. 179.

others which have been found acceptable.

The major attack by the appellants was based on the second branch of the test. It was said that this covenant was unreasonable with regard to the public interest, contrary to public policy, and therefore void. It was said that after taking control of the business the purchasers followed policies which were corrupt, monopolistic, and generally contrary to public policy, to such a degree that the Doerners were freed from the obligation to observe the covenant. The specific allegations made against the purchasers are set out in the statement of defence, para. 8:

> 8. Further, the Doerners left their employment with Doerner by reason of the unfair, unlawful and monopolistic business practices of Doerner all as instructed, authorized and condoned by Bliss. Such practices consist of the following:
>
> (a) Improper accounting for inventory and business purposes of Doerner;
>
> (b) Dumping of Doerner products in the United States;
>
> (c) Misuse of Government grants;
>
> (d) Monopolistic and anti-competitive pricing and marketing policies;
>
> (e) Avoidance and evasion of taxes, particularly by reason of the facts alleged in paragraph 8(a) and (b) hereof.

Much evidence was led at trial concerning these allegations and it was reviewed and considered in the Court of Appeal. In this Court we were referred extensively to parts of the evidence and we were urged to reconsider the findings expressed in the courts below. In both the courts below, after considering the arguments raised regarding the evidence, it was concluded that the allegations against the purchasers were not established. The position of an appellate court with respect to findings of fact made at trial has been frequently stated in this Court, see for example: *Stein v. The Ship "Kathy K"*[6] and authorities there considered. The trial judge must remain the judge of matters of fact where it can be shown that there was evidence before him on which he could base his findings, and where it is not shown that he has

[6] [1976] 2 S.C.R. 802.

cadrent bien avec celles qui ont été jugées acceptables.

C'est sur la deuxième branche du critère que les appelants fondent leurs principaux arguments. On a prétendu que cet engagement est déraisonnable vis-à-vis de l'intérêt public, contraire à l'ordre public et donc nul. On a prétendu qu'après avoir pris la direction de l'entreprise, les acheteurs ont suivi des politiques corrompues, monopolistiques et généralement contraires à l'ordre public à un point tel que les Doerner étaient libérés de l'obligation de respecter l'engagement. Les allégations précises formulées contre les acheteurs sont énoncées dans la défense, au par. 8:

> [TRADUCTION] 8. De plus les Doerner ont quitté leur emploi auprès de Doerner en raison de ses pratiques commerciales injustes, illégales et monopolistiques, conformes aux directives de Bliss et autorisées et excusées par cette dernière. Voici quelles sont ces pratiques:
>
> a) des pratiques comptables irrégulières pour le stock et les objets de l'entreprise de Doerner;
>
> b) le dumping de produits Doerner aux États-Unis;
>
> c) l'emploi impropre de subventions du gouvernement;
>
> d) des méthodes de fixation des prix monopolistiques et contraires à la concurrence;
>
> e) l'évitement et l'évasion d'impôt en raison principalement des faits mentionnés aux alinéas 8a) et b).

Plusieurs éléments de preuve ont été apportés en première instance concernant ces allégations et ils ont été examinés et étudiés en appel. Devant cette Cour, on nous a cité de longs extraits de la preuve en nous demandant de réexaminer les conclusions formulées par les cours d'instance inférieure. Après avoir examiné les arguments présentés relativement à la preuve, les deux cours d'instance inférieure ont conclu que les allégations contre les acheteurs n'étaient pas fondées. La position d'une cour d'appel relativement aux conclusions de fait tirées en première instance a été souvent réitérée par cette Cour, voir par exemple: *Stein c. Le navire «Kathy K»*[6] et la jurisprudence qui y est examinée. Le juge de première instance doit demeurer le juge des questions de fait lorsqu'on peut démontrer que la preuve qui lui a été soumise

[6] [1976] 2 R.C.S. 802.

proceeded on any false principle or made any palpable error. In this case, on his view of the evidence, the trial judge concluded that allegations of wrongdoing had not been made out. The Court of Appeal on its consideration of the evidence reached the same conclusion. In this Court, we were invited to review the evidence and reverse the two courts below on matters of fact. I have considered the evidence and, while there was conflicting evidence on the issues of fact involved in the appellants' allegations of wrongdoing, I am not prepared to substitute my judgment for that of the trial judge in order to reach different conclusions from those which he adopted. The trial judge who heard the evidence reached his conclusions. It has not been shown, in my view, that he made any error and, like the Court of Appeal, I would decline to interfere. I would proceed then upon the basis that the allegations of wrongdoing against the respondents have not been established.

I do not wish it to be understood, however, that in an action upon a restrictive covenant the conduct of the plaintiff is irrelevant to the determination of his right to relief. Where the conduct of the purchaser in the operation of the acquired business has a direct relationship to the restrictive convenant obtained on the purchase, and where his behaviour in the conduct of that business raises grave issues of public policy, the Court may refuse to accord the relief to which he would otherwise be entitled. Where, for example, the covenantor has been required in the course of his employment by the purchaser to participate in a serious breach of the law relating to the conduct of the acquired business, the courts may well refuse the relief claimed because of such conduct and, in effect, release the covenantor from the obligations of the covenant. Here, as I have stated, there is no basis for interference with the concurrent findings of fact below, and this consideration does not come into play.

While it follows from the foregoing that the appeal must fail, I would like to add a comment

peut fonder ses conclusions, et lorsqu'il n'est pas établi qu'il a agi en se fondant sur des principes erronés ou qu'il a commis une erreur manifeste. En l'espèce, selon sa perception de la preuve, le juge de première instance a conclu que les allégations d'inconduite n'avaient pas été prouvées. Après une analyse de la preuve, la Cour d'appel est parvenue à la même conclusion. On a demandé à cette Cour de réexaminer la preuve et d'infirmer les conclusions des deux cours d'instance inférieure sur des questions de fait. J'ai considéré la preuve et, malgré certains éléments contradictoires sur les questions de fait énoncées dans les allégations d'inconduite présentées par les appelants, je ne suis pas disposé à substituer mon jugement à celui du juge de première instance pour parvenir à des conclusions différentes. Le juge de première instance qui a entendu les témoignages a tiré ses conclusions. A mon avis, on n'a pas démontré qu'il a commis une erreur et, comme la Cour d'appel, je m'abstiens d'intervenir. Je poursuis donc mon examen sur le fondement que les allégations d'inconduite que l'on oppose aux intimées n'ont pas été prouvées.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on croie que, dans une action fondée sur une clause restrictive, la conduite du demandeur n'est pas pertinente à la détermination de son droit à un redressement. Lorsque la façon dont l'acheteur exploite l'entreprise acquise a un lien direct avec la clause restrictive obtenue lors de l'achat, et lorsque son comportement à cet égard pose de graves questions d'ordre public, le tribunal peut refuser d'accorder le redressement auquel il aurait autrement droit. Par exemple, lorsqu'on exige que dans le cadre de son emploi auprès de l'acheteur, le contractant participe à une violation grave de la loi concernant l'exploitation de l'entreprise acquise, les tribunaux pourront très bien refuser le redressement demandé en conséquence et, en fait, libérer le contractant des obligations que comporte la clause restrictive. Ici, comme je l'ai dit, rien ne permet d'intervenir dans les conclusions de fait concordantes des cours d'instance inférieure, et cette considération n'entre pas en jeu.

Bien qu'il découle de ce qui précède que le pourvoi doit être rejeté, j'aimerais commenter les

regarding the allegations made against the respondents and their relevance, in any event, to the issues in this case. The allegations are set out above in the extract from the statement of defence. Of the five allegations described, only the one in para. 8(d) could have any relevance here, *i.e.* the assertion that the respondents engaged in monopolistic and anti-competitive pricing. As to the other allegations, while the conduct complained of would have been made possible by the sale of the shares, it would not have been influenced by the restrictive covenant. Such conduct would be neither assisted nor impeded by the covenant. If it occurred, it did so as a result of the conscious decisions of the purchasers entirely unrelated to the restrictive covenant and not affected by it.

Regarding the allegations of monopolistic practice, it is apparent that it could have a bearing on the second branch of the *Maxim Nordenfelt* test, *i.e.* the question of reasonableness with respect to the public interest. However, in my view, even assuming such practices had been established, I am unable to conclude that the sale of the business and the giving of the restrictive covenant created any monopoly. The monopoly existed before the sale. It was conceded that the Doerners had about ninety-eight per cent of the Canadian market in the goods that they manufactured and sold prior to the sale transaction. The monopoly had been created by the appellants themselves and it rested largely upon their skill and industry in the pursuit of their business activities. They sold the product of their skill and industry and were paid for it. I cannot agree that they may now say that their creature is an evil thing contrary to public policy, whose continued existence would be harmful to the public interest. I agree with Morden J.A., in the Court of Appeal, and I adopt his words, when he said:

To the extent that the Doerner company in fact sold to 98% of the Canadian chair control market in 1965 I suppose it could be said that there was a monopoly but it is not suggested that there was anything improper or "pernicious" relating to this. In this regard, the observations of Viscount Maugham in *Connors Bros., Ltd.,*

allégations faites contre les intimées et leur pertinence, en tout état de cause, aux questions en litige. Les allégations sont formulées dans le passage précité de la défense. De ces cinq allégations, seule celle de l'al. 8d) pourrait être pertinente ici, c.-à-d., l'affirmation que les intimées se sont livrées à une fixation de prix monopolistique et contraire à la concurrence. Quant aux autres allégations, bien que la conduite alléguée puisse résulter de la vente des actions, elle n'est pas influencée par la clause restrictive. Pareille conduite n'en bénéficie pas et n'est pas entravée par elle. Le cas échéant, une telle conduite n'a pu résulter que des décisions conscientes des acheteurs sans aucunement être reliée à la clause restrictive et sans avoir été influencée par celle-ci.

Quant aux allégations de pratiques monopolistiques, il est évident qu'elles pourraient avoir un effet sur la deuxième partie du critère énoncé dans l'arrêt *Maxim Nordenfelt*, c.-à-d. la question du caractère raisonnable vis-à-vis de l'intérêt public. Toutefois, à mon avis, même si l'on tient pour acquis que de telles pratiques ont été prouvées, je suis incapable de conclure que la vente de l'entreprise et l'acquiescement à la clause restrictive aient créé un monopole. Le monopole existait avant la vente. On a admis que les Doerner détenaient environ quatre-ving-dix-huit pour cent du marché canadien des marchandises qu'ils fabriquaient et vendaient avant la conclusion de la vente. Les appelants eux-mêmes avaient créé le monopole qui reposait en grande partie sur leur compétence et leur labeur dans la poursuite de leur activité commerciale. Ils ont vendu le produit de leur compétence et de leur labeur et en ont reçu le prix. Je ne peux accepter qu'ils puissent maintenant dire que leur création est mauvaise et contraire à l'ordre public et qu'il serait nuisible à l'intérêt public qu'elle demeure en existence. Je souscris à l'opinion du juge Morden et je fais mien le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] Dans la mesure où les ventes de la compagnie Doerner comptaient réellement pour 98 pour cent du marché canadien des éléments de réglage de siège en 1965, j'imagine que l'on peut dire qu'il existait un monopole, mais on ne prétend pas qu'il y ait eu là quelque chose d'incorrect ou de «pernicieux». A cet

[[1940] 4 All E.R. 179], at p. 195, is of some relevance to the facts of the present case:

> 'In the present case, it seems to their Lordships that there are no grounds for holding that a restriction restraining the respondent from carrying on a sardine business in Canada is likely to produce a real monopoly, since every other person in Canada can set up such a business, and the evidence is to the effect that some persons have done so. The practical difficulty in successfully competing with the appellants may well be due to their skill and enterprise and long experience.'

Therefore, any argument to the effect that the covenant was to create a monopoly fails to recognize that its enforcement cannot prevent others from competing in the market and, also, the legitimacy of reasonable protection against competition *from the defendants*. In a sense the defendants seem to be asserting that *they* could properly enjoy, through the Doerner company, a large portion of the chair control market but that it is not legitimate, as far as the public interest is concerned, for any purchaser from them to enjoy such benefit. I cannot accept such a submission.

I would add as well, since a submission on the point was raised in the appeal, that subject to what has been said above concerning proved misconduct, the question of reasonableness of a convenant of this nature must be considered with reference to the time the covenant was given. The English position in this regard is illustrated by comments in Cheshire & Fifoot's *Law of Contract*, (9th ed. 1976), at p. 378; *Gledhow Autoparts, Ltd. v. Delaney*[7], *per* Diplock L.J. at p. 295 and *Commercial Plastics Ltd. v. Vincent*[8], where Pearson L.J., speaking for the Court, dealt with the matter at p. 644. A comment from the Privy Council is to be found in *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd.*[9], *per* Lord Parker of Waddington, at p. 797. Canadian authority appears in *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*[10], in the Ontario Court of Appeal where Brooke J.A., speaking for the Court, said at p. 66:

égard, la remarque du vicomte Maugham dans *Connors Bros., Ltd.*, [[1940] 4 All E.R. 179], à la p. 195 présente une certaine pertinence quant aux faits de l'espèce:

> «Leurs Seigneuries sont d'avis qu'ici rien ne permet de conclure qu'une clause restrictive empêchant les intimés d'exploiter une entreprise de sardines au Canada aura vraisemblablement pour effet de créer un monopole réel, puisque toute autre personne au Canada peut constituer une telle entreprise et que, selon la preuve, certaines personnes l'ont fait. La difficulté pratique de faire une concurrence efficace aux appelants peut très bien s'expliquer par leur compétence, leur labeur et leur longue expérience.»

Donc, tout argument portant que la clause visait à créer un monopole omet de reconnaître que son application ne peut empêcher les autres d'entrer en concurrence sur le marché et, également, qu'il est légitime de se protéger raisonnablement contre la concurrence *des défendeurs*. D'une certaine façon, les défendeurs semblent faire valoir qu'*ils* pourraient à bon droit jouir, par l'intermédiaire de la compagnie Doerner, d'une grande partie du marché des éléments de réglage de siège mais qu'il n'est pas légitime, dans l'intérêt public, qu'un de leurs acheteurs jouisse de cet avantage. Je ne peux accepter cette prétention.

J'ajouterai également, puisqu'on a présenté des arguments sur cette question lors du pourvoi, que sous réserve de ce que j'ai déjà dit relativement à l'inconduite prouvée, la question du caractère raisonnable d'une clause de cette nature doit être examinée par rapport à l'époque où cette clause a été consentie. La position anglaise à cet égard est illustrée par des commentaires dans Cheshire & Fifoot's *Law of Contract*, (9e éd. 1976), à la p. 378; *Gledhow Autoparts, Ltd. v. Delaney*[7], le lord juge Diplock à la p. 295 et *Commercial Plastics Ltd. v. Vincent*[8], où le lord juge Pearson, parlant au nom de la Cour, a examiné la question à la p. 644. On trouve un commentaire du Conseil privé dans *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd.*[9], lord Parker of Waddington, à la p. 797. Un arrêt canadien qui fait autorité est *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*[10], devant la Cour d'appel de l'Ontario où le juge Brooke, a dit au nom de la Cour, à la p. 66:

[7] [1965] 3 All E.R. 288.
[8] [1965] 1 Q.B. 623 (C.A.).
[9] [1913] A.C. 781.
[10] [1973] 2 O.R. 57.

[7] [1965] 3 All E.R. 288.
[8] [1965] 1 Q.B. 623 (C.A.).
[9] [1913] A.C. 781.
[10] [1973] 2 O.R. 57.

This covenant is a covenant in restraint of trade and, when considering whether or nor it meets the test of reasonableness, regard must be had to the time when the covenant was made.

This principle was reasserted in the Ontario Court of Appeal in *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd. et al*[11].

For all of the above reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondents, and affirm the judgment of the Court of Appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the defendants, appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the plaintiffs, respondents, Bliss & Laughlin Industries and Doerner Products Co. Limited: P. John Brunner, Toronto and Hobson, Wood, Jenkins, Duncan & Wellhauser, Waterloo.

[11] (1975), 11 O.R. (2d) 129.

[TRADUCTION] Il s'agit d'une clause restreignant le commerce et lorsqu'on cherche à savoir si elle satisfait au critère du caractère raisonnable, il faut tenir compte de l'époque à laquelle elle a été ratifiée.

La Cour d'appel de l'Ontario a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*[11]

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens aux intimées, et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des défendeurs appelants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs des défenderesses, intimées, Bliss & Laughlin Industries and Doerner Products Co. Limited: P. John Brunner, Toronto et Hobson, Wood, Jenkins, Duncan & Wellhauser, Waterloo.

[11] (1975), 11 O.R. (2d) 129.

John Reibl (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Robert A. Hughes (*Defendant*) *Respondent.*

1980: June 5; 1980: October 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Battery — Consent — Disclosure — Endarterectomy to reduce risk of later stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Whether or not consent valid — Whether or not battery.

Physicians and surgeons — Negligence — Duty of care — Disclosure — Causation — Endarterectomy to reduce risk of stroke — Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery — Stroke suffered causing paralysis — No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation — Respondent aware of appellant's concern about the vesting of his pension — Whether or not respondent negligent.

While or immediately after undergoing serious but competently performed surgery, Reibl suffered a massive stroke causing paralysis on the right side of the body and impotence. Stroke, paralysis, or even death, were among the risks attending both this surgery or its aftermath and the patient's refusal to undergo the operation. In answering the patient's query about the possibility of stroke, the surgeon did not inform him of his chance of being paralyzed during or shortly after the operation but stressed that the chances of paralysis were greater if the patient did not undergo surgery. The patient testified that he would have foregone this elective surgery until a lifetime retirement pension had vested in a year and a half, and would have opted for a shorter, normal life rather than a longer one as a cripple. The nature of the information provided by the respondent surgeon and its adequacy in the circumstances were central to the matters considered by the Court.

Reibl, at trial, recovered damages in both battery and negligence, despite his formal consent to the surgery, on the ground that his was not an "informed consent"; he had claimed that he had not been informed of stroke and paralysis as a result of the operation. The Ontario Court

John Reibl (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Robert A. Hughes (*Défendeur*) *Intimé.*

1980: 5 juin; 1980: 7 octobre.

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

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

Voies de fait — Consentement — Divulgation — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque ultérieure — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Consentement valide ou non — Voies de fait ou non.

Médecins et chirurgiens — Négligence — Obligation de diligence — Divulgation — Causalité — Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque — Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération — Attaque causant la paralysie — Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer — Intimé conscient de l'inquiétude de l'appelant au sujet de son droit à une pension — Négligence ou non de l'intimé.

Pendant ou immédiatement après une opération grave mais pratiquée selon les règles de l'art, Reibl a été victime d'un accident cérébro-vasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort était présent à la fois pendant l'opération ou après et si le patient refusait de la subir. En répondant aux questions du patient sur le risque d'accident cérébro-vasculaire, le chirurgien ne l'a pas informé des risques de paralysie durant ou après l'opération, mais a souligné que le risque de paralysie était plus grand si le patient ne subissait pas l'opération. En témoignage, le patient a déclaré qu'il aurait renoncé à cette opération facultative jusqu'à ce qu'il ait acquis un droit à une pension à vie un an et demi plus tard, et aurait choisi une vie plus courte et normale de préférence à une vie plus longue d'invalide. La nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé et leur suffisance dans les circonstances vont au cœur des questions considérées par la Cour.

En première instance, Reibl a reçu des dommages-intérêts pour voies de fait et négligence malgré son consentement formel à l'opération, parce que son consentement n'était pas un «consentement éclairé»; il a fait valoir qu'il n'avait pas été informé des risques d'accident

of Appeal ordered a new trial on both liability and damages but ruled out battery as a possible ground of liability. Only liability was disputed before this Court. Defendant respondent sought both to hold the judgment in appeal and to vary it by dismissal. The time elapsed since the physical damage was suffered made a new trial undesirable.

Held: The appeal should be allowed.

In the absence of good reasons to order a new trial on liability alone, the proper course was either to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or to relieve the defendant respondent of his ability.

The popularization of the term "informed consent" for what was, in essence, a duty of disclosure of certain risks or therapy influenced the retention of battery as a ground of liability, even where there was express consent which was not exceeded. The distinction between situations where a failure of duty of disclosure would support an action of battery and where such failure was indicative of negligence alone was, however, not only difficult to apply but also incompatible with the elements of the cause of action in battery. Such actions, in respect of surgical or other medical treatment, should be confined to those cases where surgery or treatment had been performed or given without any consent or, emergency situations aside, beyond the consent given. This standard comprehended cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. In situations where it was alleged that attendant risks that should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (assuming no basis of liability on the ground of negligence), the consent was not vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. In spite of the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depended on proper disclosure of the risks which it entailed, unless there had been misrepresentation or fraud to secure consent to the treatment, a failure to disclose the attendant risks,

cérébro-vasculaire ou de paralysie résultant de l'opération. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts, mais a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité. La responsabilité est la seule question en litige devant cette Cour. Le défendeur intimé cherche à faire confirmer le jugement attaqué et à le faire modifier par le rejet de l'action. Vu le temps écoulé depuis que les dommages corporels sont survenus, un nouveau procès devient indésirable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En l'absence de bonnes raisons pour ordonner un nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

La vulgarisation de l'expression «consentement éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie joue un rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès qu'on n'a pas outrepassé. La distinction entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence est non seulement difficile à appliquer mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. Les actions relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consentement ou, exception faite des urgences, si l'on est allé au-delà du consentement donné. Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (en présumant que la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence), l'omission de divulguer ne vicie pas le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire de l'intégrité physique du patient. Malgré qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, en l'absence de présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que com-

however serious, should go to negligence rather than battery.

When dealing with the standard of disclosure of risks, it would be going too far to say "the manner in which the nature and degree of risk was explained to a particular patient was better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him". To allow expert medical evidence to determine what risks were material and to be disclosed and what risks were not material, would be to hand over to the medical profession the entire question of the duty of disclosure, including whether there was a breach of that duty. Expert medical evidence was, of course, relevant to findings as to risks that resided in or were a result of recommended surgery or other treatment. Testing the standard of disclosure of risks by expert medical evidence was not determinative because the patient could have expressed concerns to the doctor which the doctor would be obliged to meet in a reasonable way. What the doctor knew or should have known that the particular patient deemed relevant to a decision whether or not to undergo prescribed treatment went equally to his duty of disclosure as did the material risks recognized as a matter of required medical knowledge. The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision was a matter for the trier of fact—a matter on which there would be probably medical evidence but also other evidence from the patient or other member of his family.

On the issue of causation, the Court considered objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery was in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con and any special considerations affecting the particular patient became very material. Merely because medical evidence established the reasonableness of a recommended operation did not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risk of surgery or no surgery were balanced would reduce the force, on objective appraisal, of the surgeon's recommendation. In deciding what decision a reasonable person in the patient's position would have made, the patient's particular position should be considered objectively and not subjectively.

Here, a reasonable person in the plaintiff's position would, on the balance of probabilities, have opted

porte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait.

Quant à la norme de divulgation des risques, ce serait aller trop loin de dire qu'«il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention». Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y eut manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Mettre à l'épreuve des experts médicaux la divulgation des risques n'est pas concluant parce que le patient peut avoir exprimé des inquiétudes au médecin et ce dernier est tenu d'y répondre de façon raisonnable. Le devoir de divulgation du médecin s'applique aussi bien à ce qu'il sait ou devrait savoir qu'un certain patient considère pertinent à la décision de subir ou non le traitement prescrit, qu'aux risques importants que les connaissances médicales requises permettent d'identifier. L'importance de la non-divulgation de certains risques sur le consentement éclairé est une question qui relève de l'arbitre des faits, question sur laquelle il y aura probablement des témoignages de médecins mais également d'autres témoignages, dont celui du patient ou de membres de sa famille.

Sur la question de causalité, la Cour s'est demandé objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre et toute considération spéciale touchant un patient donné deviennent très pertinents. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. En décidant quelle décision aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, la situation particulière du patient doit être considérée objectivement et non subjectivement.

En l'espèce, une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait, suivant la prépondérance

against the surgery rather than undergoing it at the particular time.

Hopp v. Lepp, [1980] 2 S.C.R. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], ordering a new trial on both liability and damages. Appeal allowed.

D. W. Goudie, Q.C., for the plaintiff, appellant.

D. K. Laidlaw, Q.C., and *C. L. Campbell, Q.C.*, for the defendant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The plaintiff appellant, then 44 years of age, underwent serious surgery on March 18, 1970 for the removal of an occlusion in the left internal carotid artery, which had prevented more than a fifteen per cent flow of blood through the vessel. The operation was competently performed by the defendant respondent, a qualified neurosurgeon. However, during or immediately following the surgery the plaintiff suffered a massive stroke which left him paralyzed on the right side of his body and also impotent. The plaintiff had, of course, formally consented to the operation. Alleging, however, that his was not an "informed consent", he sued for damages and recovered on this ground in both battery and negligence. The trial judge, Haines J., awarded a global sum of $225,000.

A majority of the Ontario Court of Appeal ordered a new trial on both liability and damages. Speaking through Brooke J.A. (Blair J.A. concurring) the Court ruled out battery as a possible ground of liability on the facts of the case. Jessup J.A., dissenting in part, would have ordered a new trial on damages alone, accepting the judgment at trial on liability.

[1] (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

des probabilités, choisi de ne pas subir l'opération à ce moment particulier.

Jurisprudence: Arrêts examinés: *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Kelly v. Hazlett* (1976), 15 O.R. (2d) 290; *Schloendorff v. Society of New York Hospital* (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Pourvoi accueilli.

D. W. Goudie, c.r., pour le demandeur, appelant.

D. K. Laidlaw, c.r., et *C. L. Campbell, c.r.*, pour le défendeur, intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le demandeur appelant, alors âgé de 44 ans, a subi une intervention chirurgicale grave le 18 mars 1970 pour faire supprimer une obstruction à l'artère carotide interne gauche, qui avait réduit à quinze pour cent la circulation sanguine dans le vaisseau. L'opération a été pratiquée selon les règles de l'art par le défendeur intimé, un neurochirurgien compétent. Cependant, au cours de l'opération ou immédiatement après, le demandeur a été victime d'un accident cérébro-vasculaire qui l'a laissé paralysé du côté droit et invalide. Le demandeur avait, bien sûr, consenti formellement à l'opération. Toutefois, il a introduit une action en dommages-intérêts fondée sur la négligence et les voies de fait, alléguant que son consentement n'était pas un «consentement éclairé». En première instance, le juge Haines lui a accordé une indemnité globale de $225,000.

La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a ordonné un nouveau procès tant sur la responsabilité que sur les dommages-intérêts. Par la voix du juge Brooke (aux motifs duquel le juge Blair a souscrit), la Cour a écarté les voies de fait comme fondement possible de la responsabilité, compte tenu des faits. Le juge Jessup, dissident en partie, aurait ordonné un nouveau procès sur la seule question des dommages-intérêts, acceptant le jugement de première instance sur la responsabilité.

[1] (1978), 89 D.L.R. (3d) 112, (1978), 21 O.R. (2d) 14.

On the hearing of the appeal by this Court, leave to come here having been obtained by the plaintiff, counsel for the defendant respondent agreed to accept the award of damages and limited his contestation to liability, seeking not only to hold the judgment in appeal but a "variation" thereof by way of dismissal of the action. Although, strictly speaking, the claim for a variation should have been made the subject of a cross-appeal, counsel for the appellant took no objection and I see no reason why I should not regularize the claim for dismissal *nunc pro tunc*. Indeed, neither counsel wished to have a new trial, an understandable position when the physical damage suffered took place more than ten years ago. Unless, therefore, there are good reasons to support the order for a new trial on liability alone, the proper course is to determine whether to restore the judgment at trial on either or both grounds upon which it proceeded or whether the defendant should be relieved of liability.

It is now undoubted that the relationship between surgeon and patient gives rise to a duty of the surgeon to make disclosure to the patient of what I would call all material risks attending the surgery which is recommended. The scope of the duty of disclosure was considered in *Hopp v. Lepp*[2], at p. 210, where it was generalized as follows:

> In summary, the decided cases appear to indicate that, in obtaining the consent of a patient for the performance upon him of a surgical operation, a surgeon, generally, should answer any specific questions posed by the patient as to the risks involved and should, without being questioned, disclose to him the nature of the proposed operation, its gravity, any material risks and any special or unusual risks attendant upon the performance of the operation. However, having said that, it should be added that the scope of the duty of disclosure and whether or not it has been breached are matters which must be decided in relation to the circumstances of each particular case.

The Court in *Hopp v. Lepp, supra*, also pointed out that even if a certain risk is a mere possibility which ordinarily need not be disclosed, yet if its occurrence carries serious consequences, as for

[2] [1980] 2 S.C.R. 192.

A l'audition du pourvoi par cette Cour, suite à l'autorisation d'interjeter appel obtenue par le demandeur, l'avocat du défendeur intimé a consenti à accepter l'indemnité accordée et à limiter sa contestation à la responsabilité, cherchant non seulement à faire confirmer le jugement attaqué mais à le faire «modifier» par le rejet de l'action. Bien que, strictement parlant, la demande de modification eût dû faire l'objet d'un pourvoi incident, l'avocat de l'appelant ne s'y est pas opposé et je ne vois pas pourquoi je ne régulariserais pas cette demande de rejet *nunc pro tunc*. En fait, ni l'un ni l'autre des avocats ne désirent un nouveau procès, ce qui se comprend bien puisqu'il s'est écoulé plus de dix ans depuis que les dommages corporels sont survenus. Donc, à moins que de bonnes raisons n'appuient l'ordonnance de nouveau procès sur la seule question de la responsabilité, il faut alors décider si l'on doit rétablir le jugement de première instance sur l'un ou l'autre de ses fondements ou sur les deux, ou s'il faut exonérer le défendeur de toute responsabilité.

Il n'y a plus de doute maintenant que la relation entre un chirurgien et son patient fait naître chez le chirurgien le devoir de divulguer au patient ce que j'appelerai tous les risques importants que présente l'opération recommandée. La portée du devoir de divulguer a été examinée dans l'arrêt de cette Cour *Hopp c. Lepp*[2], à la p. 210; elle y est énoncée comme suit:

> En résumé, la jurisprudence indique qu'en obtenant le consentement d'un patient à une opération chirurgicale sur sa personne, un chirurgien doit, généralement, répondre aux questions précises que lui pose le patient sur les risques courus et doit, sans qu'on le questionne, lui divulguer la nature de l'opération envisagée, sa gravité, tous risques importants et tous risques particuliers ou inhabituels que présente cette opération. Cependant, ceci dit, il faut ajouter que l'étendue du devoir de divulguer et la question de savoir s'il y a eu manquement sont des questions qu'il faut décider en tenant compte des circonstances de chaque cas particulier.

Dans l'arrêt *Hopp c. Lepp*, précité, la Cour a également fait remarquer que même si un certain risque ne constitue qu'une simple possibilité qu'il n'est généralement pas nécessaire de divulguer, on

[2] [1980] 2 R.C.S. 192.

example, paralysis or even death, it should be regarded as a material risk requiring disclosure.

In the present case, the risk attending the surgery or its immediate aftermath was the risk of a stroke, of paralysis and, indeed, of death. This was, without question, a material risk. At the same time, the evidence made it clear that there was also a risk of a stroke and of resulting death if surgery for the removal of the occlusion was refused by the patient. The delicacy of the surgery is beyond question, and its execution is no longer in any way faulted. (I would note here that in this Court no issue was raised as to the adequacy of post-operative care.) How specific, therefore, must the information to the patient be, in a case such as this, to enable him to make an "informed" choice between surgery and no surgery? One of the considerations weighing upon the plaintiff was the fact that he was about a year and a half away from earning a lifetime retirement pension as a Ford Motor Company employee. The trial judge noted (to use his words) that "due to this tragedy befalling him at the time it did, he was not eligible for certain extended disability benefits available under the collective agreement between the Ford Motor Company of Canada, Limited and its hourly employees of ten years' standing". At the time of the operation, the plaintiff had 8.4 years' service with his employer. He stated in his evidence that if he had been properly informed of the magnitude of the risk involved in the surgery he would have elected to forego it, at least until his pension had vested and, further, he would have opted for a shorter normal life than a longer one as a cripple because of the surgery. Although elective surgery was indicated for the condition from which the plaintiff suffered, there was (as the trial judge found) no emergency in the sense that immediate surgical treatment was imperative.

doit le considérer comme un risque important qu'il faut divulguer, si sa réalisation entraîne des conséquences graves, par exemple, la paralysie ou la mort.

En l'espèce, l'opération ou ses suites présentaient le risque d'un accident cérébro-vasculaire, d'une paralysie et même de la mort. C'était, sans aucun doute, un risque important. Par ailleurs, il ressort clairement de la preuve que si le patient refusait l'opération pour supprimer l'obstruction, il risquait également de subir un accident cérébro-vasculaire pouvant entraîner la mort. Il ne fait aucun doute que cette opération est très délicate et on ne prétend plus du tout qu'elle a été pratiquée incorrectement. (Je ferais remarquer que la question de la suffisance des soins postopératoires n'a pas été soulevée devant cette Cour.) Donc, dans une situation telle la présente, jusqu'où doit aller la précision des renseignements pour permettre au patient de faire un choix «éclairé» sur la question de savoir s'il doit subir l'opération ou refuser de la subir? Un des facteurs importants pour le demandeur était le fait qu'il ne restait environ qu'un an et demi à courir pour qu'il ait droit à une pension à vie en tant qu'employé de Ford Motor Company. Le juge de première instance a fait remarquer (pour reprendre ses paroles) que [TRADUCTION] «à cause de la tragédie dont il a été victime à ce moment précis, il ne peut recevoir certaines indemnités pour incapacité prolongée prévues par la convention collective entre Ford Motor Company of Canada Limited et ses employés payés à l'heure ayant dix ans d'ancienneté». Au moment de l'opération, le demandeur travaillait pour son employeur depuis 8.4 ans. Il a déclaré dans son témoignage que, si on l'avait bien renseigné sur l'ampleur du risque que présentait l'opération, il aurait décidé de ne pas la subir, du moins pas avant d'avoir droit à sa pension et, de plus, il aurait choisi une vie normale plus courte de préférence à une vie plus longue d'invalide à cause de l'opération. Bien qu'une intervention chirurgicale facultative ait été indiquée dans l'état du demandeur, il n'y avait (comme l'a conclu le juge de première instance) aucune urgence nécessitant un traitement chirurgical immédiat.

This brings me back to the question of the nature of the information provided by the respondent surgeon to the plaintiff and its adequacy in the circumstances. I will deal, in turn, with (1) the findings and conclusion of the trial judge on this issue; (2) whether, even on his findings, there was a basis for imposing liability for battery; (3) the assessment made by the Court of Appeal in ordering a new trial; (4) the evidence in the case, which consisted, in support of the plaintiff's case, mainly of the testimony of the plaintiff and of two neurosurgeons, Dr. Irving Schacter and Dr. Robert Elgie, and portions of the examination for discovery of the defendant and, in support of the defendant's case, the testimony of the defendant and of a neurosurgeon, Dr. William Lougheed, who were the only two witnesses called for the defendant; (5) the duty of disclosure and review of the findings below and (6) whether causation was established.

1. The Findings of the trial judge

The trial judge approached the question of proper disclosure of the attendant risks by first defining the scope of the duty of disclosure. He said this:

In respect of a claim in negligence, the issue of informed consent to treatment is a concomitant of the physician's duty of care. A surgeon's duty to exercise due skill and care in giving his patient reasonable information and advice with respect to the risks specifically attendant on a proposed operative procedure arises out of the special relationship between them. It is a particular case of the duty which is cast on professional persons in a fiduciary position called upon specifically or by implication to give information or advice to a client intending and entitled to rely on his statements to determine his course: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood* [1937] O.R. 142. That duty does not require warning the patient of the dangers incident to or possible in any surgical procedure, such as the dangers of anaesthesia or the risk of infection, matters which men of ordinary knowledge are presumed to appreciate. It relates to the specific risks within the surgeon's knowledge peculiar to the contemplated treatment. The scope of this professional duty of care is defined by the evaluation of a variety of inter-related factors which bear uniquely on each case, factors such as the presence of an emergency requiring immediate

Cela me ramène à la question de la nature des renseignements donnés par le chirurgien intimé au demandeur et leur suffisance dans les circonstances. J'examinerai tour à tour, (1) les constatations et la conclusion du juge de première instance sur cette question; (2) la question de savoir si, vu ses constatations, la conclusion de responsabilité pour voies de fait était fondée; (3) l'évaluation faite par la Cour d'appel pour ordonner un nouveau procès; et (4) la preuve en l'espèce qui, à l'appui des prétentions du demandeur, comprend principalement son témoignage et celui de deux neurochirurgiens, les Dr Irving Schacter et Robert Elgie, et des extraits de l'interrogatoire préalable du défendeur et, à l'appui des arguments du défendeur, comprend son témoignage et celui d'un neurochirurgien, le Dr William Lougheed, les deux seuls témoins cités par le défendeur; (5) le devoir de divulguer et l'examen des conclusions des cours d'instance inférieure et (6) la question de savoir si le lien de causalité a été établi.

1. Les constatations du juge de première instance

Le juge de première instance a abordé la question de la divulgation adéquate des risques que comporte l'opération en précisant tout d'abord la portée du devoir de divulguer. Il a dit:

[TRADUCTION] Relativement à une réclamation fondée sur la négligence, la question du consentement éclairé à un traitement est concomitante de l'obligation de diligence du médecin. L'obligation de compétence et de prudence du chirurgien qui informe et conseille suffisamment son patient sur les risques particuliers que présente l'intervention chirurgicale envisagée, découle de la relation qui existe entre eux. C'est un exemple particulier du devoir imposé aux membres des professions libérales qui sont placés dans une situation fiduciaire et sont appelés, expressément ou implicitement, à fournir des renseignements ou des conseils à un client qui désire être guidé dans sa décision et qui a le droit de l'être: *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Kenny v. Lockwood*, [1937] O.R. 142. Ce devoir n'exige pas que l'on informe le patient des dangers inhérents ou possibles que présente toute intervention chirurgicale, tels les dangers de l'anesthésie, le risque d'infection, questions dont toute personne raisonnable est présumée consciente. Il concerne les risques précis connus du chirurgien et propres au traitement envisagé. La portée de ce devoir professionnel de diligence est déterminée par l'évaluation de nombreux facteurs intimement liés dont

treatment; the patient's emotional and intellectual make-up, and his ability to appreciate and cope with the relevant facts; the gravity of the known risks, both in terms of their likelihood and the severity of this realization. The difficulty evident for the independent evaluation of these factors by a lay tribunal has caused the law of this jurisdiction to leave the definition of the scope of this duty in any particular case a matter essentially of medical judgment, one to be determined by the court on the basis of expert medical evidence.

The trial judge then proceeded to make his findings, as follows:

I find, on the basis of the expert evidence of Doctors Schacter and Elgie, that in the circumstances of this case, the duty of the surgeon as defined by accepted general practice in the neurosurgical community was to explain to the patient the problem presented by stenosis [that is, narrowing] in such an artery, and because of the serious possible complications to the central nervous system, to do his best to explain to the patient the specific risks inherent in arterial surgery of this kind, with sufficient attention to anatomical and statistical detail to import to the patient an understanding of the degree of risk which he faced of either dying as a result of the operation or of suffering a stroke that might leave him disabled. It was further the duty of the surgeon in these circumstances to explain to the patient the risks of continuing without surgery. The choice whether to proceed was then one which the patient would make for himself, armed, albeit, with what both experts agreed would be the surgeon's recommendation to proceed, but aware, nevertheless, that for good reason there was an acceptable option to forego the procedure.

The duty of which I speak is not one which in the circumstances was difficult to execute. As I have indicated, the plaintiff is an intelligent man and fully capable of following a simple but sufficient explanation of the risk he was being asked to undertake. I am satisfied had Dr. Hughes said to the plaintiff calling him in and a sketch if necessary to clarify his meaning—"I propose to remove a partial plug in an artery a few inches from your brain. There is a risk that as a result a fragment of tissue may slip into your brain and if it does, you have a 4 per cent chance of dying and a further 10 per cent chance of having a stroke", there is no question the plaintiff would flatly have refused. The plaintiff was entitled to know that risk and the defendant owed a duty to disclose it to him. I am left with no doubt, after evaluating the testimony of the plaintiff and

l'importance est particulière à chaque cas, comme une urgence exigeant un traitement immédiat, le tempérament et le niveau intellectuels du patient, sa capacité d'apprécier les faits pertinents et de s'y adapter, la gravité des risques connus, selon à la fois leur probabilité et leur intensité s'ils se réalisent. La difficulté évidente qu'éprouve un tribunal non spécialisé à évaluer lui-même ces facteurs, a fait qu'en ce domaine du droit, on a laissé la détermination de la portée de ce devoir dans chaque cas particulier au jugement médical, question que les cours doivent trancher en se fondant sur le témoignage de médecins experts.

Le juge de première instance a ensuite tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Compte tenu des témoignages des experts, les Dr Schacter et Elgie, je suis d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, le devoir du chirurgien, défini par la pratique générale reconnue dans la collectivité neurochirurgicale, consistait à expliquer au patient le problème que présentait la sténose [soit le rétrécissement] de cette artère et, en raison des graves complications possibles pour le système nerveux central, à expliquer le mieux possible au patient les risques précis inhérents à ce type de chirurgie artérielle, en fournissant suffisamment de données anatomiques et statistiques pour permettre au patient de comprendre l'importance du risque qu'il courait, soit de mourir des suites de l'opération soit d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire qui pourrait le rendre invalide. Dans ces circonstances, le chirurgien devait également expliquer au patient les risques que comportait le refus de subir l'opération. La décision face à l'opération relevait alors du patient qui, les experts l'ont reconnu, armé de la recommandation du chirurgien de subir l'opération, serait néanmoins conscient que, pour un bon motif, il lui était possible d'y renoncer.

Il n'était pas difficile, dans les circonstances, de s'acquitter du devoir dont je parle. Comme je l'ai fait remarquer, le demandeur est un homme intelligent et tout à fait capable de suivre une explication simple mais suffisante du risque qu'on lui demandait de prendre. Je suis convaincu que si le Dr Hughes avait fait venir son patient et lui avait dit, se servant d'un croquis explicatif au besoin—«J'ai l'intention de supprimer une obstruction partielle dans une artère à quelques pouces de votre cerveau. Il se pourrait que, par suite de cette intervention, un fragment de tissus pénètre dans votre cerveau et, dans ce cas, vous avez 4 pour cent de chances de mourir et 10 pour cent d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire», il ne fait aucun doute que le demandeur aurait catégoriquement refusé. Le demandeur avait le droit de connaître ce risque et le défendeur avait le

his wife, and that of the defendant, as well as the relevant portions of the transcript of the defendant's examination for discovery that the defendant fell short in his performance of this duty in two material respects. First, I find that although the defendant did impart to the plaintiff an understanding of the mechanics of the operation, to the extent that the plaintiff was made aware that pluggage was to be surgically removed from an artery leading to his brain, the defendant did not take sufficient care to communicate to the plaintiff the purpose of the operation. I find that as a result the plaintiff was probably left with the misunderstanding that the operation was being undertaken to alleviate his headaches and hypertension and to permit him to function effectively at his job. Further, and most importantly, I find that the defendant did not take sufficient care to convey to the plaintiff and assure that the plaintiff understood the gravity, nature and extent of risks specifically attendant on the endarterectomy, in particular the risk that as a result of the operation he could die or suffer a stroke of varying degrees of severity. The defendant's evidence on this issue suffers from the understandable inconsistencies and vagueness that the passage of six and one-half years of time will import. What, on balance, I take from his evidence however is that he informed the plaintiff that he would be better off to have the operation than not. At best, the ambiguity of his language I find was such that it would likely convey, even to a patient whose command of English was more perfect than was the plaintiff's, the understanding that the single relevant area of concern was the relative likelihood of a healthy existence in the coming years with, as opposed to without, the surgery. I find that he did not address with the attention required of him the specific risks of an adverse result of the operation itself. The plaintiff was left with the impression that the operation carried no risks of consequence, other than those incidental to any surgical procedure. I find further, that as a result of the defendant's breach of duty, the plaintiff gave his assent to the performance of the operation, an assent which I am convinced from the evidence he would not have given had the defendant's aforesaid duty not been performed in the negligent manner which I have described.

For the reasons above stated, I am also of the view that the defendant is liable in battery.

2. Liability for Battery

In my opinion, these findings do not justify the imposition of liability for battery. The popularization of the term "informed consent" for what is, in

devoir de le lui divulguer. Je n'ai aucun doute, après avoir évalué les témoignages du demandeur et de son épouse, celui du défendeur de même que les extraits pertinents de l'interrogatoire préalable du défendeur, que le défendeur a manqué à son devoir à deux points de vue importants. Tout d'abord, je conclus que, bien qu'il ait fait comprendre la marche de l'opération au demandeur de sorte que celui-ci savait qu'on allait pratiquer une opération pour supprimer l'obstruction d'une artère menant au cerveau, le défendeur n'a pas suffisamment expliqué au demandeur le but de l'opération. Par conséquent, je conclus que le demandeur a probablement été laissé sous la fausse impression que l'opération visait à soulager ses maux de tête, à réduire sa tension artérielle et à lui permettre de travailler normalement. De plus, et ce qui est plus important, je suis d'avis que le défendeur ne s'est pas suffisamment soucié de faire comprendre au demandeur, et de s'assurer qu'il avait compris la gravité, la nature et l'étendue des risques précis que comporte l'endartériectomie, en particulier le risque de décès ou d'accident cérébro-vasculaire plus ou moins grave que peut entraîner l'opération. Le témoignage du défendeur sur cette question présente les incohérences et les imprécisions compréhensibles que le passage de six ans et demi ne manque pas de produire. Tout bien considéré, je retiens de son témoignage qu'il a dit au demandeur qu'il serait préférable qu'il subisse l'opération. En mettant les choses au mieux, je suis d'avis que l'ambiguïté de ses explications était telle qu'elle était susceptible de laisser croire, même à un patient qui maîtrise mieux la langue anglaise que le demandeur, que le seul facteur important était la probabilité relative d'une vie en bonne santé dont il jouirait au cours des prochaines années grâce à l'opération et dont il se priverait en y renonçant. Je suis d'avis qu'il n'a pas expliqué avec toute l'attention qu'il devait les risques précis que pouvait entraîner l'échec de l'opération. Le demandeur a donc eu l'impression que l'opération ne comportait aucun risque important, sauf les risques inhérents à toute intervention chirurgicale. Je conclus également que c'est par suite de la violation du devoir du défendeur que le demandeur a consenti à subir l'opération et je suis convaincu, compte tenu de la preuve, qu'il n'aurait pas donné ce consentement n'eût été la négligence susmentionnée du défendeur dans l'exécution de son devoir.

Pour ces motifs, je suis également d'avis que le défendeur est responsable de voies de fait.

2. La responsabilité pour voies de fait

A mon avis, ces constatations ne justifient pas la conclusion de responsabilité pour voies de fait. La vulgarisation de l'expression «consentement

essence, a duty of disclosure of certain risks of surgery or therapy appears to have had some influence in the retention of battery as a ground of liability, even in cases where there was express consent to such treatment and the surgeon or therapist did not go beyond that to which consent was given. It would be better to abandon the term when it tends to confuse battery and negligence. Haines J., the trial judge, adopted the distinction drawn by Morden J., as he then was, in *Kelly v. Hazlett*[3] between situations where a failure in the duty of disclosure would support an action of battery and where such a failure is indicative of negligence alone. Morden J. said this at pp. 312-13:

It appears to me that it is reasonable to look at the matter of informed consent, as far as an alleged battery is concerned, from the point of view of what information was communicated. If the basic nature and character of the operation performed is substantially that of which the plaintiff was advised, and then agreed to, then there has not been an unconsented to invasion of the person of the plaintiff, regardless of any failure to disclose any collateral risks flowing from the operation. However, such failure, if it can be shown to have resulted in damage to the patient, and was not justified by reasonable medical considerations, may properly be subject-matter for a claim based on negligence.

. . .

However, it has to be recognized that this test has both its practical and, perhaps, its policy frailties. In some cases it may be difficult to distinguish, and separate out, the matter of consequential or collateral risks from the basic nature and character of the operation or the procedure to be performed. This may possibly have been the case in *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. The more probable the risk the more it could be said to be an integral feature of the nature and character of the operation. Further, even if a risk is truly collateral, but still material, it could be said that its disclosure is so essential to an informed decision to undergo the operation that lack of such disclosure should vitiate the consent.

That judge said earlier in his reasons (at p. 310) that "The issue of 'informed' consent can arise in both battery and negligence cases: with respect to

[3] (1976), 15 O.R. (2d) 290.

éclairé» pour ce qui est, au fond, un devoir de divulguer certains risques de la chirurgie ou de la thérapie paraît avoir joué un certain rôle dans la reconnaissance des voies de fait comme fondement de la responsabilité, même lorsqu'il y a eu consentement exprès au traitement et que le chirurgien ou le thérapeute a agi dans le cadre du consentement donné. Il serait préférable d'abandonner l'expression lorsqu'elle tend à confondre voies de fait et négligence. Le juge Haines en première instance a adopté la distinction faite par le juge Morden, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Kelly v. Hazlett*[3] entre la situation où un manquement au devoir de divulguer appuie une action fondée sur les voies de fait et celle où ce manquement dénote seulement de la négligence. Le juge Morden s'est exprimé comme suit aux pp. 312 et 313:

[TRADUCTION] A mon sens, il est raisonnable d'examiner la question du consentement éclairé, pour ce qui est des allégations de voies de fait, sous l'angle des renseignements donnés. Si la nature et le caractère mêmes de l'opération pratiquée sont en substance ce qui avait été recommandé au demandeur et ce à quoi il a consenti, alors il n'y a pas eu atteinte à la personne du demandeur sans son consentement, indépendamment de toute omission de divulguer les risques indirects qu'entraîne l'opération. Toutefois, si l'on peut établir que cette omission a causé un préjudice au patient et qu'aucun motif médical raisonnable ne la justifiait, elle peut faire l'objet d'une réclamation fondée sur la négligence.

. . .

Toutefois, il faut reconnaître que ce critère présente des faiblesses aussi bien théoriques que pratiques. Dans certains cas, il sera difficile de distinguer et de dissocier la question des risques consécutifs ou indirects de la nature et du caractère mêmes de l'opération ou de l'intervention prévue. C'était peut-être la situation dans *Halushka v. University of Saskatchewan* [(1965), 53 D.L.R. (2d) 436]. Plus le risque est probable plus l'on peut dire qu'il fait partie intégrante de la nature et du caractère de l'opération. De plus, même si un risque est réellement indirect, tout en étant important, on peut dire que sa divulgation est à ce point essentielle à une décision éclairée de subir l'opération que le défaut de le divulguer vicie le consentement.

Ce juge avait dit plus tôt dans ses motifs (à la p. 310) que [TRADUCTION] «la question du consentement «éclairé» peut se présenter à la fois dans les

[3] (1976), 15 O.R. (2d) 290.

the former a lack of proper information communicated by the doctor to the patient can vitiate an apparent consent while, with respect to the latter, failure to see to it that the patient is properly advised can amount, in certain circumstances, to an act of negligence".

I find the attempted distinction not only very difficult of application but also as incompatible with the elements of the cause of action in battery. The tort is an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one's bodily security. True enough, it has some advantages for a plaintiff over an action of negligence since it does not require proof of causation and it casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done. Again, it does not require the adducing of medical evidence, although it seems to me that if battery is to be available for certain kinds of failure to meet the duty of disclosure there would necessarily have to be some such evidence brought before the Court as an element in determining whether there has been such a failure.

The well-known statement of Cardozo J. in *Schloendorff v. Society of New York Hospital*[4], at pp. 129-30 and at p. 93 respectively, that "Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages" cannot be taken beyond the compass of its words to support an action of battery where there has been consent to the very surgical procedure carried out upon a patient but there has been a breach of the duty of disclosure of attendant risks. In my opinion, actions of battery in respect of surgical or other medical treatment should be confined to cases where surgery or treatment has been performed or given to which there has been no consent at all or where, emergency situations aside, surgery or treatment has been performed or given beyond

[4] (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

actions fondées sur les voies de fait et dans celles fondées sur la négligence: pour les premières, le défaut du médecin de donner des renseignements suffisants à son patient peut vicier le consentement apparent, alors que, pour les dernières, l'omission de s'assurer qu'un patient est bien informé peut équivaloir, dans certaines circonstances, à un acte de négligence».

La distinction qu'on a voulu faire est, à mon avis, non seulement d'application très difficile mais également incompatible avec les éléments du droit d'action pour voies de fait. L'acte délictuel est intentionnel, puisque c'est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d'une personne. Il est vrai qu'elle offre à un demandeur certains avantages dont il ne bénéficie pas dans une action fondée sur la négligence puisqu'elle n'exige pas la preuve de la causalité et qu'elle impose au défendeur l'obligation de prouver qu'il y a eu consentement à ce qui a suivi. Ici encore la preuve médicale n'est pas nécessaire, bien qu'il me semble que si l'on invoque les voies de fait lorsqu'il y a eu certains manquements au devoir de divulguer, il faudrait qu'une preuve de cette nature soit faite devant le tribunal pour lui permettre de décider s'il y a eu un tel manquement.

Dans l'arrêt *Schloendorff v. Society of New York Hospital*[4], aux pp. 129 et 130 et à la p. 93 respectivement, le juge Cardozo a déclaré que [TRADUCTION] «tout être humain adulte et sain d'esprit a le droit de décider ce que doit subir son propre corps; un chirurgien qui pratique une opération sans le consentement de son patient commet des voies de fait pour lesquelles il est passible de dommages-intérêts». On ne peut étendre la portée de cette déclaration bien connue au-delà de sa teneur littérale pour appuyer une action fondée sur les voies de fait lorsqu'un patient a consenti à subir l'intervention chirurgicale pratiquée sur lui, mais qu'il y a eu violation du devoir de divulguer les risques qu'elle comportait. A mon avis, les actions fondées sur les voies de fait relatives à une opération ou à un autre traitement médical devraient être limitées aux cas où l'opération a été pratiquée ou le traitement administré sans aucun consente-

[4] (1914), 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

that to which there was consent.

This standard would comprehend cases where there was misrepresentation of the surgery or treatment for which consent was elicited and a different surgical procedure or treatment was carried out. See, for example, *Marshall v. Curry*[5] (consent given to operation to cure hernia; doctor removes patient's testicle; action in battery); *Murray v. McMurchy*[6] (consent given to a caesarian operation; doctor goes on and sterilizes the patient; doctor liable for trespass to the person); *Mulloy v. Hop Sang*[7] (doctor told to repair hand and not to amputate; performs amputation; held liable in trespass); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*[8] (consent given to caesarian; doctor goes further and sterilizes the patient); *Schweizer v. Central Hospital et al.*[9] (patient consented to operation on his toe; doctor operated on back instead (spinal fusion); doctor liable for trespass to the person).

In situations where the allegation is that attendant risks which should have been disclosed were not communicated to the patient and yet the surgery or other medical treatment carried out was that to which the plaintiff consented (there being no negligence basis of liability for the recommended surgery or treatment to deal with the patient's condition), I do not understand how it can be said that the consent was vitiated by the failure of disclosure so as to make the surgery or other treatment an unprivileged, unconsented to and intentional invasion of the patient's bodily integrity. I can appreciate the temptation to say that the genuineness of consent to medical treatment depends on proper disclosure of the risks which it entails, but in my view, unless there has been misrepresentation or fraud to secure consent to the

[5] [1933] 3 D.L.R. 260.
[6] [1949] 2 D.L.R. 442.
[7] [1935] 1 W.W.R. 714.
[8] [1940] O.W.N. 238.
[9] (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

ment ou, exception faite des urgences, lorsque l'opération ou le traitement va au-delà de ce à quoi le patient a consenti.

Cette norme comprendrait les cas où il y a eu une présentation inexacte de l'opération ou du traitement pour lequel un consentement a été obtenu et une intervention chirurgicale ou un traitement différent. Voir par exemple, *Marshall v. Curry*[5] (consentement à une opération pour traiter une hernie; le médecin procède à l'ablation des testicules du patient; action pour voies de fait); *Murray v. McMurchy*[6], (consentement à une césarienne; le médecin pratique la stérilisation de la patiente; le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne); *Mulloy v. Hop Sang*[7], (on demande au médecin de remettre une main en état, et non pas d'amputer; il procède à l'amputation; il est jugé responsable d'atteinte à l'intégrité physique); *Winn v. Alexander and the Soldiers' Memorial Hospital*[8] (consentement à une césarienne; le médecin procède ensuite à la stérilisation de la patiente); *Schweizer v. Central Hospital et al.*[9] (le patient consent à une opération à l'orteil; le médecin pratique une opération dans le dos (arthrodèse); le médecin est responsable d'atteinte à l'intégrité physique de la personne).

Dans les situations où l'on allègue que les risques que comporte l'opération ou le traitement n'ont pas été divulgués au patient alors qu'ils auraient dû l'être, mais que l'opération pratiquée ou le traitement administré est bien ce à quoi le demandeur a consenti (la responsabilité ne peut être fondée sur la négligence pour l'opération ou le traitement recommandé compte tenu de l'état du patient), je ne comprends pas comment on peut dire que l'omission de divulguer vicie le consentement de sorte que l'opération ou le traitement constitue une atteinte injustifiée, non autorisée et volontaire à l'intégrité physique du patient. Je comprends qu'il soit tentant de dire que l'authenticité du consentement à un traitement médical est fonction de la divulgation adéquate des risques qu'il comporte, mais, à mon avis, en l'absence de

[5] [1933] 3 D.L.R. 260.
[6] [1949] 2 D.L.R. 442.
[7] [1935] 1 W.W.R. 714.
[8] [1940] O.W.N. 238.
[9] (1974), 53 D.L.R. (3d) 494.

treatment, a failure to disclose the attendant risks, however serious, should go to negligence rather than to battery. Although such a failure relates to an informed choice of submitting to or refusing recommended and appropriate treatment, it arises as the breach of an anterior duty of due care, comparable in legal obligation to the duty of due care in carrying out the particular treatment to which the patient has consented. It is not a test of the validity of the consent.

3. The Assessment of the Court of Appeal

Brooke J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, noted, quite properly, that "The duty [of disclosure] to the patient is determined by the court and the evidence of the expert witnesses, if accepted, is relevant to determining whether or not the defendant has discharged that duty. To be actionable [in negligence] the defendant's failure in his duty of care must cause the plaintiff loss and damage". He went on to examine the reasons of Haines J. and made the following observations upon that trial judge's determination:

In finding that the plaintiff was left with the impression that the surgery carried no risk of consequence other than those in any surgical procedure I think it must be assumed that the learned trial judge has rejected the defendant's explanation that the plaintiff was aware of the risk of a stroke as a risk of the surgery. Of some importance, the learned trial judge makes no specific finding of credibility and indeed does not disbelieve the defendant's evidence that he thought the plaintiff understood the risk. However, the learned trial judge did not put his judgment simply on the failure to warn, but also on the failure to take sufficient care to discuss the degree of risk. He relied upon the evidence of doctors Elgie and Schacter and it is my respectful view that, having regard for the emphasis which the learned trial judge places upon the statistical details, he has misunderstood the real significance of the evidence of these two doctors. Doctors Schacter and Elgie appear to have taken a similar approach to the question of explaining the risks of the surgery, but the emphasis is not on statistical detail. Dr. Elgie alone made reference to statistics in discussing the manner in which he would advise his patient when seeking a consent to perform this

présentation inexacte ou de fraude pour obtenir le consentement au traitement, l'omission de divulguer les risques que comporte l'opération quelle que soit leur importance, devrait relever de la négligence et non des voies de fait. Bien que cette omission ait trait au choix éclairé de subir ou de refuser le traitement approprié et recommandé, elle se présente comme la violation d'une obligation antérieure de diligence comparable, en termes d'obligation juridique, à l'obligation de diligence dans l'administration du traitement particulier auquel a consenti le patient. Ce n'est pas un critère de la validité du consentement.

3. L'évaluation de la Cour d'appel

Le juge Brooke, qui s'est exprimé au nom de la majorité de la Cour d'appel, a fait remarquer avec raison que [TRADUCTION] «Le devoir envers le patient [celui de divulguer] est déterminé par la Cour et, s'il est accepté, le témoignage des experts sert à déterminer si le défendeur s'en est acquitté. Pour qu'il y ait un droit d'action [fondé sur la négligence], le manquement du défendeur à son devoir de diligence doit causer des pertes et un préjudice au demandeur». Il a ensuite examiné les motifs de jugement du juge Haines et en a commenté comme suit la décision:

[TRADUCTION] A mon avis, vu la conclusion que le demandeur avait l'impression que l'opération ne présentait que les risques et conséquences possibles de toute intervention chirurgicale, on doit présumer que le savant juge de première instance a rejeté l'explication du défendeur que le demandeur savait que l'opération pouvait causer un accident cérébro-vasculaire. Il importe de noter que le savant juge de première instance ne se prononce pas sur la crédibilité et, en fait, qu'il ne met pas en doute l'affirmation du défendeur portant qu'il croyait que le demandeur comprenait le risque. Toutefois, le savant juge de première instance n'appuie pas seulement son jugement sur l'absence de mise en garde, mais également sur le fait que le défendeur n'a pas pris soin d'expliquer suffisamment le degré de risque. Il s'est appuyé sur les témoignages des docteurs Elgie et Schacter et, avec égards, je crois que, compte tenu de l'importance que le savant juge de première instance accorde aux données statistiques, il n'a pas saisi l'importance réelle des témoignages de ces deux médecins. Les docteurs Schacter et Elgie ont apparemment abordé de façon analogue la question de l'explication des risques de l'opération, mais l'accent ne portait pas sur les don-

operation and in this respect his answer was different from that of Dr. Schacter.

Brooke J.A. was highly critical of the use of unexplained statistics which appeared to be directed to the degree of risk involved in the particular surgery. This is what he said in that respect:

One need only look at the contrast in the evidence of the statistics quoted by Dr. Hughes and Dr. Elgie to demonstrate the confusion that could arise from their use. When asked in cross-examination, Dr. Hughes' figure as to the incidence of death because of surgery was 4%, which was equal to Dr. Elgie's highest figure where he put the range between 2 and 4% and with respect to the incidence of stroke causing paralysis or transient weakness, Dr. Hughes put the figure at 10% which was five times Dr. Elgie's lowest figure and almost two and one half times his highest figure. Taken cumulatively, Dr. Hughes' figure at 14% is more than three times Dr. Elgie's lowest estimate and almost twice his highest. They were really very different. The reason for the difference went unexplained. No one asked the doctors. And yet the trial judge referred principally in his reasons, and particularly in testing the defendant's conduct, to the statistics recounted by Dr. Hughes, which there was no suggestion the doctor attempted to use. If the difference is based solely or partly on the personal experience of the surgeons, and there is in the evidence some reason suggested that this may be so, then perhaps the explanation lies in the nature of the cases that each has dealt with and that the chance of survivorship of those undertaken by one was less than the other. If this is so, there may have been good reason not to mention statistics to the patient, but rather to simply contrast his position if he undertakes the surgery with that of not undertaking it and urge him to proceed because of his youth and strength giving some assurance of survivorship. I do not think the evidence justifies the statement made by the learned trial judge and I would hesitate to lay down any such requirements, for in my view statistics can be very misleading. The manner in which the nature and degree of risk is explained to a particular patient is better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him. Its adequacy can be simply tested.

nées statistiques. Seul le Dr Elgie a parlé de statistiques en expliquant de quelle façon il conseillerait un patient dont il cherche à obtenir le consentement pour pratiquer cette opération et, à cet égard, sa réponse est différente de celle du Dr Schacter.

Le juge Brooke a fait une critique sévère de l'utilisation de statistiques non expliquées qui paraissent se rapporter au degré de risque que comporte une opération particulière. Voici ce qu'il a dit à cet égard:

[TRADUCTION]Il suffit de remarquer à quel point les statistiques données par les docteurs Hughes et Elgie dans leur témoignage varient pour démontrer la confusion qui pourrait résulter de leur utilisation. En contre-interrogatoire le Dr Hughes a répondu qu'il évaluait à 4 pour cent la possibilité de décès résultant de l'opération, ce qui correspond au plus haut pourcentage donné par le Dr Elgie qui la situe entre 2 et 4 pour cent. Relativement aux accidents cérébro-vasculaires entraînant la paralysie ou une invalidité temporaire, le Dr Hughes a évalué la possibilité à 10 pour cent, ce qui est cinq fois le plus petit pourcentage donné par le Dr Elgie et presque deux fois et demi son pourcentage le plus élevé. Cumulativement, les pourcentages du Dr Hughes totalisent 14 pour cent ce qui est trois fois plus que l'évaluation le plus basse du Dr Elgie et deux fois plus que son évaluation la plus haute. Elles diffèrent vraiment beaucoup. On n'a pas expliqué la raison de cette différence. Personne ne l'a demandé aux médecins. Et pourtant, dans ses motifs et, en particulier, dans son analyse de la conduite du défendeur, le juge de première instance a mentionné principalement les statistiques données par le Dr Hughes bien que l'on n'ait pas allégué que le médecin ait voulu s'en servir. Si la différence résulte uniquement ou partiellement de l'expérience personnelle des chirurgiens, comme semblent l'indiquer certains éléments de preuve, alors peut-être s'explique-t-elle par la nature des cas rencontrés par chacun des médecins, et les chances de survie dans les cas traités par l'un d'eux étaient inférieures à celles des cas traités par l'autre. Si tel est le cas, il y avait peut-être de bonnes raisons de ne pas mentionner de statistiques au patient, mais de simplement comparer sa situation s'il subit l'opération et s'il refuse de la subir, et de l'encourager à la subir compte tenu de son jeune âge et de sa force qui lui assuraient des chances de survie. Je ne crois pas que la preuve justifie la déclaration du savant juge de première instance et j'hésiterais à formuler de telles exigences car, à mon avis, les statistiques peuvent être très trompeuses. Il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention. La suffisance de l'explication est facile à vérifier.

I think the Ontario Court of Appeal went too far, when dealing with the standard of disclosure of risks, in saying, as it did in the passage of its reasons just quoted, that "the manner in which the nature and degree of risk is explained to a particular patient is better left to the judgment of the doctor in dealing with the man before him". Of course, it can be tested by expert medical evidence but that too is not determinative. The patient may have expressed certain concerns to the doctor and the latter is obliged to meet them in a reasonable way. What the doctor knows or should know that the particular patient deems relevant to a decision whether to undergo prescribed treatment goes equally to his duty of disclosure as do the material risks recognized as a matter of required medical knowledge.

It is important to examine this issue in greater detail. The Ontario Court of Appeal appears to have adopted a professional medical standard, not only for determining what are the material risks that should be disclosed but also, and concurrently, for determining whether there has been a breach of the duty of disclosure. This was also the approach of the trial judge, notwithstanding that on the facts he found against the defendant. (Indeed, the trial judge seems also to have overstated the duty of disclosure. The Court of Appeal, in contrast, seems to have understated it. Generally, the failure to mention statistics should not affect the duty to inform nor be a factor in deciding whether the duty has been breached.) To allow expert medical evidence to determine what risks are material and, hence, should be disclosed and, correlatively, what risks are not material is to hand over to the medical profession the entire question of the scope of the duty of disclosure, including the question whether there has been a breach of that duty. Expert medical evidence is, of course, relevant to findings as to the risks that reside in or are a result of recommended surgery or other treatment. It will also have a bearing on their materiality but this is not a question that is to be concluded on the basis of the expert medical evidence alone. The issue under consideration is a different issue from that involved where the question is whether the doctor carried out his professional activities by

Je crois que la Cour d'appel de l'Ontario est allée trop loin pour ce qui est de la norme de divulgation des risques lorsqu'elle dit, dans le passage susmentionné de ses motifs, que [TRADUCTION] «il est préférable de laisser à la discrétion du médecin la façon d'expliquer à un patient donné la nature et le degré de risque que comporte l'intervention». Bien sûr, on peut la mettre à l'épreuve du témoignage de médecins experts, mais cela non plus n'est pas concluant. Le patient peut avoir exprimé des inquiétudes au médecin et ce dernier est tenu d'y répondre de façon raisonnable. Le devoir de divulgation du médecin s'applique aussi bien à ce qu'il sait ou devrait savoir qu'un certain patient considère pertinent à la décision de subir ou non le traitement prescrit, qu'aux risques importants que les connaissances médicales requises permettent d'identifier.

Il importe d'examiner plus à fond cette question. La Cour d'appel de l'Ontario a adopté une norme médicale professionnelle non seulement pour déterminer les risques importants à divulguer mais également, et concurremment, pour déterminer s'il y a eu manquement au devoir de divulguer. C'est également la façon dont le juge de première instance a abordé la question, même si sa conclusion sur les faits est défavorable au défendeur. (En réalité, le juge de première instance semble avoir donné une trop grande portée au devoir de divulguer. La Cour d'appel, au contraire, semble l'avoir trop restreint. De façon générale, le défaut de mentionner des statistiques ne devrait pas influer sur le devoir de divulguer ni constituer un facteur dans la décision de savoir s'il y a eu manquement au devoir.) Permettre que les témoignages des médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulguer, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir. Bien sûr, les témoignages des médecins experts sont pertinents aux conclusions sur les risques inhérents à l'opération ou autre traitement envisagé, ou qui en résultent. Ils seront également utiles pour déterminer l'importance des risques, mais cette question ne doit pas être résolue sur la seule foi des témoignages des médecins experts. La

applicable professional standards. What is under consideration here is the patient's right to know what risks are involved in undergoing or foregoing certain surgery or other treatment.

The materiality of non-disclosure of certain risks to an informed decision is a matter for the trier of fact, a matter on which there would, in all likelihood, be medical evidence but also other evidence, including evidence from the patient or from members of his family. It is, of course, possible that a particular patient may waive aside any question of risks and be quite prepared to submit to the surgery or treatment, whatever they be. Such a situation presents no difficulty. Again, it may be the case that a particular patient may, because of emotional factors, be unable to cope with facts relevant to recommended surgery or treatment and the doctor may, in such a case, be justified in withholding or generalizing information as to which he would otherwise be required to be more specific.

A useful summary of issues on which medical evidence in non-disclosure cases remains significant is found in a comment, "New Trends in Informed Consent?" (1975), 54 Neb. L. Rev. 66, at pp. 90-91, where, after noting that medical evidence should not control determination of the breach of the standard of care, it continued, as follows (referring to *Canterbury v. Spence, infra*):

> Even *Canterbury* specifically notes that expert testimony will still be required, in all but the clearest instances, to establish (1) risks inherent in a given procedure or treatment, (2) the consequences of leaving the ailment untreated, (3) alternative means of treatment and their risks, and (4) the cause of the injury suffered by the plaintiff-patient. Finally, if the defendant-physician claims a privilege, expert testimony is needed to show the existence of (1) an emergency which would eliminate the need for obtaining consent, and (2) the impact upon the patient of risk disclosure where a full disclosure appears medically unwarranted.

question en litige ici diffère de celle qui se présente lorsqu'il s'agit de savoir si le médecin a exercé son activité professionnelle conformément aux normes professionnelles applicables. Il s'agit ici d'examiner quels sont les droits du patient de connaître les risques que comporte sa décision d'accepter ou de refuser de subir une opération ou un traitement.

L'importance de la non-divulgation de certains risques sur le consentement éclairé est une question qui relève de l'arbitre des faits, question sur laquelle il y aura vraisemblablement des témoignages de médecins, mais également d'autres témoignages, dont celui du patient ou de membres de sa famille. Certes, il est possible qu'un patient donné écarte la question des risques et soit tout à fait disposé à subir l'opération ou traitement, quels qu'ils soient. Pareille situation ne présente aucune difficulté. Encore une fois, il se peut qu'en raison de facteurs émotifs, un patient donné soit incapable de faire face aux faits pertinents à l'opération ou au traitement envisagé et, dans un tel cas, le médecin peut être justifié de taire ou de généraliser des renseignements qui devraient normalement être plus précis.

Un commentaire intitulé «New Trends in Informed Consent?» (1975), 54 Neb. L. Rev. 66, aux pp. 90, 91, donne un résumé utile des questions sur lesquelles le témoignage de médecins demeure important dans les cas de non-divulgation. Après avoir fait remarquer que le témoignage de médecins ne devrait pas dicter la décision relative au manquement à la norme de diligence, l'auteur poursuit (en mentionnant l'arrêt *Canterbury v. Spence*, cité plus loin):

> [TRADUCTION] Même dans l'arrêt *Canterbury* on dit formellement que le témoignage d'experts demeurera nécessaire, sauf dans les cas les plus clairs, pour établir (1) les risques inhérents à une intervention ou à un traitement donné, (2) les conséquences de l'absence de traitement, (3) les traitements possibles et leurs risques et (4) la cause du préjudice subi par le patient demandeur. Finalement, si le médecin défendeur revendique une exception, le témoignage d'experts sera nécessaire pour établir l'existence (1) d'une urgence qui éliminerait la nécessité d'obtenir le consentement et (2) l'effet sur le patient de la divulgation de risques lorsqu'une divulgation complète paraît médicalement injustifiée.

The learned Justice of Appeal also was of the view that the reference to statistics, and the positing of a requirement that the defendant should have put before the patient what he said in evidence as to the percentage likelihood of a stroke or death, resulted in an improper finding on causation. I quote a portion of his reasons in this connection, as follows:

> The statistics would have to be explained to the patient and then discussed in relation to his position if he did not have the surgery. Would the view of the learned trial judge have been any different if resort had been made to Dr. Elgie's statistics or to the statistics quoted by both doctors? Does this not simply reveal the confusion that probably would result to a patient who is attempting to reconcile the doctor's recommendation to proceed with an unexplained gross figure of 14% risk?
>
> I think the learned trial judge has failed to appreciate the approach taken by both of Dr. Elgie and Dr. Schacter, which was to present a comprehensive statement of the position to the patient.

Brooke J.A. referred to portions of the evidence given by Dr. Elgie and by Dr. Schacter and summarized it in these given words:

> As I understand the evidence of Dr. Elgie it is an explanation to the patient that he runs a greater risk of death or a stroke in the present year if he does not have the surgery than he would run if he were to have it and that the risk would continue in that way. Dr. Schacter's evidence is to the same effect. It is my opinion the evidence did not justify the use of the proposition by which the trial judge decided the plaintiff's case and determined whether the defendant's conduct was negligence, and if so, if the negligence caused the plaintiff's loss and damage.
>
> Judgment in this type of case is difficult because it is really based on consideration of hindsight.

He proceeded then to consider a line of American cases on causation, including the leading case of *Canterbury v. Spence*[10], *certiorari* denied[11], *Cobbs v. Grant*[12] and *Barnette v. Potenza*[13] and commented on them as follows:

[10] (1972), 464 F. 2d 772.
[11] 409 U.S. 1064.
[12] (1972), 502 P.2d 1.
[13] (1974), 359 N.Y.S. 2d 432.

Le savant juge de la Cour d'appel est également d'avis que la mention de statistiques, de même que l'affirmation que le défendeur aurait dû fournir au patient les renseignements qu'il a donnés en témoignage quant au pourcentage d'accident cérébro-vasculaire ou de décès, a entraîné une conclusion erronée sur la causalité. Voici un extrait de ses motifs sur ce point:

> [TRADUCTION] Il faudrait que les statistiques soient expliquées au patient et ensuite examinées par rapport à sa situation s'il ne subit pas l'opération. L'opinion du savant juge de première instance aurait-elle été différente s'il avait tenu compte des statistiques du Dr Elgie ou de celles des deux médecins? Cela n'indique-t-il pas la confusion dans laquelle serait plongé un patient qui essayerait de concilier la recommandation du médecin de subir l'opération et une possibilité globale inexpliquée de 14 pour cent de risques?
>
> J'estime que le savant juge de première instance n'a pas tenu compte de la méthode suivie par les Dr Elgie et Schacter, qui consistait à présenter une déclaration générale de la situation au patient.

Le juge Brooke a mentionné certains extraits des témoignages qu'ont rendus les Dr Elgie et Schacter et les a résumés comme suit:

> [TRADUCTION] Si je comprends bien le témoignage du Dr Elgie, il s'agit d'expliquer au patient qu'il s'expose à un plus grand risque d'accident cérébro-vasculaire ou de décès au cours de l'année s'il ne subit pas l'opération qu'il ne s'y expose en la subissant, et que ce risque se maintiendrait. Le témoignage du Dr Schacter va dans le même sens. Je suis d'avis que la preuve ne justifie pas le recours à la proposition aux termes de laquelle le juge de première instance a statué sur les arguments du demandeur et a déterminé si le défendeur avait été négligent et, le cas échéant, si cette négligence avait causé une perte ou un préjudice au demandeur.
>
> Un jugement dans ce type d'affaire est difficile parce qu'il est généralement fondé sur un examen en rétrospective.

Il a ensuite examiné une série d'arrêts américains sur la causalité, y compris l'arrêt qui fait autorité *Canterbury v. Spence*[10], *certiorari* refusé[11], *Cobbs v. Grant*[12] et *Barnette v. Potenza*[13] et a fait les commentaires suivants:

[10] (1972), 464 F. 2d 772.
[11] 409 U.S. 1064.
[12] (1972), 502 P. 2d 1.
[13] (1974), 359 N.Y.S. 2d 432.

In actions for negligence our courts have adopted a subjective test. Referring to the above cases I must not be taken as adopting or suggesting the adoption of the doctrine of informed consent as it has developed in some of the courts of the United States of America. The references made at this point are for the value of the discussion on the question of proof. The experience above reported should not be ignored as those courts were driven to this conclusion because justice could not be done between the parties other than by such an objective approach. It is never too late in the day to change. I think a safe practice here is to test the plaintiff's case objectively before proceeding to consider it subjectively.

Was the defendant's negligence the cause of the plaintiff's loss? If he is able to show that he has suffered loss as a result of the recommended treatment and he (or at least a reasonable man in his position) would not have consented if the required disclosure was made, damages may be awarded. In my respectful view, the learned trial judge really did not deal with this issue properly.

It was on this ground that he ordered a new trial.

If Canadian case law has so far proceeded on a subjective test of causation, it is in courts other than this one that such an approach has been taken: see *Koehler et al. v. Cook*[14], at p. 767; *Kelly v. Hazlett, supra*, at p. 320. The matter is *res integra* here. An alternative to the subjective test is an objective one, that is, what would a reasonable person in the patient's position have done if there had been proper disclosure of attendant risks. The case for the objective standard has been tersely put in the following passage from a comment in (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, at p. 550, entitled "Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure":

Since proximate causation exists only if disclosure would have resulted in the patient's foregoing the proposed treatment, a standard must be developed to determine whether the patient would have decided against the treatment had he been informed of its risks. Two possible standards exist: whether, if informed, the particular patient would have foregone treatment (subjec-

[14] (1975), 65 D.L.R. (3d) 766.

[TRADUCTION] Dans les actions fondées sur la négligence, nos tribunaux ont adopté un critère subjectif. Quant aux arrêts susmentionnés, on ne doit pas croire que j'adopte ou que je propose l'adoption de la doctrine du consentement éclairé que certains tribunaux américains ont élaborée. Les renvois faits à ce stade-ci visent à enrichir la discussion sur la question de la preuve. Il ne faudrait pas écarter l'expérience relatée ci-dessus puisque ces tribunaux ont été amenés à conclure de la sorte parce que seule l'adoption d'un critère objectif pouvait permettre de faire justice aux parties. Il n'est jamais trop tard pour apporter des changements. Je crois que c'est une pratique prudente ici d'analyser les arguments du demandeur de façon objective avant de les examiner de façon subjective.

La négligence du défendeur a-t-elle causé le préjudice subi par le demandeur? S'il est capable d'établir qu'il a subi un préjudice par suite du traitement et qu'il (ou du moins un homme raisonnable dans sa situation) n'y aurait pas consenti en connaissance de cause, il a droit à des dommages-intérêts. Je suis respectueusement d'avis que le savant juge de première instance n'a pas examiné cette question correctement.

Il s'est fondé sur ce moyen pour ordonner un nouveau procès.

Si la jurisprudence canadienne a jusqu'à maintenant suivi un critère de causalité subjectif, ce sont des tribunaux, autre que cette Cour, qui ont adopté cette façon de voir: voir *Koehler et al. v. Cook*[14], à la p. 767; *Kelly v. Hazlett*, précité, à la p. 320. Cette question est encore inexplorée ici. L'alternative au critère subjectif est le critère objectif, c'est-à-dire ce qu'une personne raisonnable dans la situation du patient aurait fait si les risques que comporte l'opération avaient été bien divulgués. Les arguments en faveur de la norme objective ont été énoncés avec concision dans le passage suivant tiré d'un commentaire paru à (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, à la p. 550, intitulé «Informed Consent—A Proposed Standard for Medical Disclosure»:

[TRADUCTION] Puisque la causalité directe n'existe que si la divulgation avait amené le patient à refuser le traitement envisagé, il faut élaborer une norme pour déterminer si le patient aurait refusé de subir le traitement si on l'avait informé des risques. Deux normes possibles existent: ce patient donné aurait-il refusé le traitement s'il avait été renseigné (considération subjec-

[14] (1975), 65 D.L.R. (3d) 766.

tive view); or whether the average prudent person in plaintiff's position, informed of all material risks, would have foregone treatment (objective view). The objective standard is preferable, since the subjective standard has a gross defect: it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness.

However, a vexing problem raised by the objective standard is whether causation could ever be established if the surgeon has recommended surgery which is warranted by the patient's condition. Can it be said that a reasonable person in the patient's position, to whom proper disclosure of attendant risks has been made, would decide against the surgery, that is, against the surgeon's recommendation that it be undergone? The objective standard of what a reasonable person in the patient's position would do would seem to put a premium on the surgeon's assessment of the relative need for the surgery and on supporting medical evidence of that need. Could it be reasonably refused? Brook J.A. appeared to be sensitive to this problem by suggesting a combined objective-subjective test.

I doubt that this will solve the problem. It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery. Yet, to apply a subjective test to causation would, correlatively, put a premium on hindsight, even more of a premium than would be put on medical evidence in assessing causation by an objective standard.

I think it is the safer course on the issue of causation to consider objectively how far the balance in the risks of surgery or no surgery is in favour of undergoing surgery. The failure of proper disclosure pro and con becomes therefore very material. And so too are any special considerations affecting the particular patient. For exam-

tive)?; ou une personne prudente placée dans la situation du demandeur, connaissant tous les risques importants, aurait-elle refusé le traitement (considération objective)? La norme objective est préférable puisque la norme subjective présente un défaut flagrant: elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa rancœur.

Cependant, la norme objective pose un problème troublant, savoir si l'on pourrait établir la causalité lorsque le chirurgien a recommandé une opération qui est justifiée par l'état du patient. Pouvons-nous dire qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient, à qui les risques que comporte l'opération auraient été bien divulgués, déciderait de ne pas subir l'opération contrairement à la recommandation du chirurgien? La norme objective de ce qu'une personne raisonnable ferait dans la situation du patient semble donner un avantage à l'évaluation du chirurgien quant à la nécessité relative de l'opération et à la preuve médicale à l'appui de cette nécessité. Pouvait-on raisonnablement refuser de la subir? Le juge Brooke a perçu ce problème lorsqu'il a suggéré un critère à la fois objectif et subjectif.

Je doute que cela résolve le problème. On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir. Cependant, l'application d'un critère subjectif à la causalité aurait pour effet corrélatif d'accorder un avantage à l'examen en rétrospective, un avantage encore plus grand que celui dont bénéficierait la preuve médicale si on évaluait la causalité selon une norme objective.

J'estime que le parti le plus sûr sur la question de la causalité est de se demander objectivement dans quelle mesure la prépondérance des risques de l'opération sur ceux de l'absence d'opération pèse en faveur de l'intervention chirurgicale. Le défaut de bien divulguer le pour et le contre devient donc très pertinent. Il en est de même de

ple, the patient may have asked specific questions which were either brushed aside or were not fully answered or were answered wrongly. In the present case, the anticipation of a full pension would be a special consideration, and, while it would have to be viewed objectively, it emerges from the patient's particular circumstances. So too, other aspects of the objective standard would have to be geared to what the average prudent person, the reasonable person in the patient's particular position, would agree to or not agree to, if all material and special risks of going ahead with the surgery or foregoing it were made known to him. Far from making the patient's own testimony irrelevant, it is essential to his case that he put his own position forward.

The adoption of an objective standard does not mean that the issue of causation is completely in the hands of the surgeon. Merely because medical evidence establishes the reasonableness of a recommended operation does not mean that a reasonable person in the patient's position would necessarily agree to it, if proper disclosure had been made of the risks attendant upon it, balanced by those against it. The patient's particular situation and the degree to which the risks of surgery or no surgery are balanced would reduce the force, on an objective appraisal, of the surgeon's recommendation. Admittedly, if the risk of foregoing the surgery would be considerably graver to a patient than the risks attendant upon it, the objective standard would favour exoneration of the surgeon who has not made the required disclosure. Since liability rests only in negligence, in a failure to disclose material risks, the issue of causation would be in the patient's hands on a subjective test, and would, if his evidence was accepted, result inevitably In liability unless, of course, there was a finding that there was no breach of the duty of disclosure. In my view, therefore, the objective standard is the preferable one on the issue of causation.

In saying that the test is based on the decision that a reasonable person in the patient's position would have made, I should make it clear that the

toute considération spéciale touchant un patient donné. Par exemple, le patient peut avoir posé des questions précises qui ont été écartées ou auxquelles on a partiellement ou faussement répondu. En l'espèce, l'espérance d'une pension intégrale serait une considération spéciale qui, bien qu'on doive la considérer objectivement, se dégage de la situation particulière du patient. De même, d'autres aspects de la norme objective devraient être appliqués à ce qu'une personne prudente, une personne raisonnable placée dans la situation particulière du patient, accepterait ou refuserait si elle connaissait tous les risques importants ou particuliers que comporte l'opération ou l'absence d'opération. Ainsi, loin d'être non pertinent, le témoignage du patient est essentiel à sa réclamation.

L'adoption d'une norme objective ne signifie pas que la question de la causalité est entièrement dans les mains du chirurgien. Ce n'est pas parce que la preuve médicale établit le caractère raisonnable de l'opération envisagée qu'une personne raisonnable placée dans la situation du patient accepterait nécessairement de la subir, si on lui divulguait de façon adéquate les risques que comporte l'opération comparés aux risques de ne pas la subir. La situation particulière du patient et l'équilibre des risques que présente l'opération ou l'absence d'opération réduiraient, dans une évaluation objective, l'effet de la recommandation du chirurgien. D'ailleurs, si le risque que présente le refus de subir l'opération était considérablement plus grave pour un patient que les risques qu'elle comporte, la norme objective favorisera sans conteste l'exonération du chirurgien qui n'a pas fait la divulgation requise. Puisque la responsabilité repose seulement sur la négligence, lorsqu'il y a défaut de divulguer les risques importants, la question de la causalité dépendra du patient selon le critère subjectif, et l'acceptation de son témoignage entraînera inévitablement la responsabilité à moins, bien sûr, que l'on ait conclu qu'il n'y a pas eu manquement au devoir de divulguer. Il est donc préférable, à mon avis, d'appliquer la norme objective à la question de la causalité.

En disant que le critère est fondé sur la décision qu'aurait prise une personne raisonnable placée dans la situation du patient, je dois préciser que les

patient's particular concerns must also be reasonably based; otherwise, there would be more subjectivity than would be warranted under an objective test. Thus, for example, fears which are not related to the material risks which should have been but were not disclosed would not be causative factors. However, economic considerations could reasonably go to causation where, for example, the loss of an eye as a result of non-disclosure of a material risk brings about the loss of a job for which good eyesight is required. In short, although account must be taken of a patient's particular position, a position which will vary with the patient, it must be objectively assessed in terms of reasonableness.

4. The Evidence

I am driven to look at the evidence by reason of the different views taken of it at trial and on appeal. Moreover, the view taken by the majority of the Court of Appeal is indicative more of an exoneration of the defendant than as supportive of the order made for a new trial. So far as the duty of disclosure and its alleged breach are concerned, the crucial evidence is not so much that of Dr. Elgie and Dr. Schacter or that of Dr. Lougheed but, rather, the evidence of the plaintiff and that of the defendant as it relates to what the defendant told the plaintiff and what concerns, if any, the plaintiff communicated to the defendant before the surgery was performed.

The plaintiff began to have severe headaches in the spring of 1969. His wife's doctor was Dr. Szabo who, like the plaintiff, was of Hungarian extraction. The plaintiff went to see Dr. Szabo who examined him and found he had high blood pressure and gave him certain pills to take. There was no improvement and Dr. Szabo suggested that the plaintiff go into hospital for a complete check-up. While there, it was discovered that he also had diabetes. After a stay in hospital he went back to work. However, his headaches persisted and on Dr. Szabo's recommendation he went back into hospital in February, 1970. The plaintiff came under the care not only of Dr. Szabo, but also of a specialist, Dr. Orr, who had diagnosed the diabetes during the plaintiff's previous stay in hospital. He

inquiétudes particulières du patient doivent également avoir un fondement raisonnable; sinon, la marge de subjectivité serait supérieure à celle permise dans un critère objectif. Ainsi, par exemple, les craintes non reliées aux risques importants qui n'ont pas été divulgués bien qu'ils eussent dû l'être, ne seraient pas des facteurs de causalité. Toutefois, on pourrait rattacher des considérations économiques à la causalité lorsque, par exemple, la perte d'un œil suite à la non-divulgation de risques importants entraîne la perte d'un emploi qui requiert une bonne vision. En bref, bien que l'on doive tenir compte de la situation particulière d'un patient, situation qui variera selon le patient, il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable.

4. La preuve

Je dois donc maintenant examiner la preuve compte tenu des divergences d'opinion qu'elle a suscitées en première instance et en appel. De plus, l'opinion de la majorité de la Cour d'appel semble plutôt favoriser l'exonération du défendeur qu'une ordonnance de nouveau procès. En ce qui concerne le devoir de divulguer et le manquement imputé, la preuve fondamentale n'est pas tellement constituée des témoignages du Dr Elgie et du Dr Schacter ou celui du Dr Lougheed, mais plutôt de ceux du demandeur et du défendeur puisqu'ils rapportent ce que le défendeur a dit au demandeur et les inquiétudes possibles dont ce dernier a fait part au défendeur avant que ne soit pratiquée l'opération.

Le demandeur a commencé à souffrir de maux de tête violents au printemps 1969. Le médecin de son épouse était le Dr Szabo qui, comme le demandeur, est d'origine hongroise. Le demandeur est allé consulter le Dr Szabo qui l'a examiné, a diagnostiqué de l'hypertension et lui a prescrit des médicaments. Il n'y a pas eu d'amélioration et le Dr Szabo a conseillé au demandeur d'aller subir un examen médical complet à l'hôpital. On y a découvert qu'il souffrait également de diabète. Après un séjour à l'hôpital il est retourné au travail. Cependant, ses maux de tête persistaient et, sur la recommandation du Dr Szabo, il est retourné à l'hôpital en février 1970. Le demandeur a été confié aux soins du Dr Szabo et d'un spécialiste, le Dr Orr, qui avait diagnostiqué le diabète au cours

underwent more tests and was put on a strict diet and his headaches abated. His continuing high blood pressure caused anxiety to the doctors and Dr. Hughes, the defendant, was brought in by Dr. Orr with Dr. Szabo's concurrence.

The defendant first saw the plaintiff in hospital on March 6, 1970. The plaintiff's headaches had come back and, on examining him, Dr. Hughes said the indications were that there was a blockage in the left arteries at his neck. On March 10, 1970, an arteriogram was taken and Dr. Hughes verified that there was a narrowing of the left carotid artery to such an extent as to permit only about fifteen per cent of the normal blood flow through the artery, which leads to the brain. Dr. Hughes advised an operation and the plaintiff signed a consent form a few days before the operation was performed. It had been postponed for several days to meet the plaintiff's convenience to enable him to see his lawyer about his house mortgage.

I reproduce now the plaintiff's evidence as to what information Dr. Hughes gave him about the operation prior to its performance. The relevant questions and answers on the examination in chief begin at p. 117 of volume 1 of the case on appeal:

Q. You told us Dr. Hughes told you he had to do an operation to cut out the bad part?

A. Yes.

Q. What else at that time did Dr. Hughes say to you and what did you say to him?

A. Well, the way he was telling me this is something in the beginning and he also told me about this much he has to cut out of here (indicating).

Q. You are indicating about three-quarters of an inch.

HIS LORDSHIP: About three-quarters of an inch?

A. I guess so.

Q. As a tool and die maker you would know?

A. This wasn't a thing you put a measurement on. To give an idea, I put it like this (indicating).

du séjour antérieur du demandeur à l'hôpital. Il a subi d'autres examens et a été astreint à un régime sévère et ses maux de tête se sont calmés. Son hypertension tenace inquiétait les médecins et, avec le consentement du Dr Szabo, le Dr Orr a fait appel au Dr Hughes, le défendeur.

Le défendeur a vu le demandeur pour la première fois à l'hôpital le 6 mars 1970. Le demandeur souffrait à nouveau de maux de tête et, en l'examinant, le Dr Hughes a dit qu'il semblait y avoir une obstruction dans les artères gauches au niveau du cou. Le 10 mars 1970, un artériogramme a été pris et le Dr Hughes a constaté un rétrécissement tellement important de l'artère carotide gauche que seulement quinze pour cent de la circulation sanguine normale passait par l'artère qui irrigue le cerveau. Le Dr Hughes a conseillé une opération et le demandeur a signé une formule de consentement quelques jours avant que l'opération ne soit pratiquée. Elle a été retardée de plusieurs jours afin de permettre au demandeur de rencontrer son avocat au sujet de l'hypothèque de sa maison.

Je reproduis maintenant le témoignage du demandeur relativement aux renseignements que le Dr Hughes lui a donnés sur l'opération. On trouve les questions et réponses pertinentes dans l'interrogatoire principal à partir de la p. 117 du volume 1 du dossier d'appel:

[TRADUCTION] Q. Vous nous avez dit que le Dr Hughes vous avait dit qu'il devait pratiquer une opération pour enlever la partie abîmée?

R. Oui.

Q. le Dr Hughes vous a-t-il dit quelque chose d'autre à l'époque et que lui avez-vous dit?

R. Bien, la façon dont il me disait que c'était à la première phase et il m'a également dit qu'il devait enlever à peu près cette longueur-ci (le témoin indique).

Q. Vous indiquez environ trois quarts de pouce.

SA SEIGNEURIE: Environ trois quarts de pouce?

Q. Je crois.

Q. En tant qu'outilleur-ajusteur vous devez savoir?

R. Ce n'était pas quelque chose que l'on pouvait mesurer. Pour donner une idée, je dirais environ ceci (le témoin indique).

MR. HOWIE: What else did Dr. Hughes say to you and what did you say to him?

A. He said, "The artery is like a rubber hose. You have to cut it out, pull it together and there is a little operation, and you are a strong, young, healthy man, and in 10 days you are able to go back to work."

Q. What did you say?

A. I was thinking, "Only it is about 10 days to go to Easter and if it is like that I would be able to be with my family at Eastertime" and I said, "Go ahead and do it".

Q. Where was this?

A. In the room where I was in hospital.

Q. Dr. Hughes came to your room?

A. Yes.

Q. Was there anyone else in the room?

A. Probably a roommate because there was 2 beds in that room.

Q. Is that the end of the conversation or was there anything else?

A. Right there there wasn't anything else.

Q. You wanted to talk to someone else about it?

A. It was like that. We were talking about it with my roommate and at the same time his wife was there for a visit and she was asking me what my problem was and I told her just a headache with bending down that it starts and she says, "I have the same problem". She said, "I have the same problem more than 20 years with that kind of headache you have. They want to operate on me and I was afraid to go through with it. I didn't go for the operation." She also was telling me in that case there had to be replaced a plastic tube for the artery. I was thinking about it and maybe I thought I would get in touch with Dr. Hughes and ask him about it. I was asking for him through the head nurse and somehow I was able to see Dr. Hughes again.

Q. Did you talk to Dr. Szabo about it at some time?

A. Dr. Szabo was every day there and I was asking him a question about that and he said, "Look, I don't know much about it. If I knew that I would be a specialist myself. You are in good hands with Dr. Hughes and do whatever he tells you."

Q. Do you remember any other conversation at that time with Dr. Szabo about the operation or what was involved or any risks of the operation?

Me HOWIE: Le Dr Hughes vous a-t-il dit quelque chose d'autre et que lui avez-vous dit?

R. Il a dit «L'artère est comme un boyau de caoutchouc. Il faut la couper, la réunir à nouveau et voilà une petite opération, et vous êtes un homme fort, jeune, en bonne santé et dans 10 jours vous pourrez retourner au travail».

Q. Qu'avez-vous dit?

R. Je pensais, «Seulement, dans 10 jours environ ce sera Pâques et si tout se passe ainsi je serai avec ma famille pour Pâques» et j'ai dit «Allez-y et faites l'opération».

Q. Où cela se passait-il?

R. Dans ma chambre à l'hôpital.

Q. Le Dr Hughes est venu dans votre chambre?

R. Oui.

Q. Y avait-il quelqu'un d'autre dans la chambre?

R. Sans doute un compagnon de chambre puisqu'il y avait deux lits dans la chambre.

Q. Est-ce la fin de la conversation ou s'il y a eu quelque chose d'autre?

R. Oui, il n'y a rien eu d'autre.

Q. Vous vouliez en parler avec quelqu'un d'autre?

R. C'était comme ceci. Nous en parlions mon compagnon de chambre et moi alors que son épouse lui rendait visite et elle m'a demandé de quoi je souffrais. Je lui ai dit que ce n'était qu'un mal de tête qui commençait lorsque je me penchais et elle a dit «J'ai le même problème». Elle a dit «J'ai le même problème depuis plus de 20 ans avec ce même genre de mal de tête que vous avez. Ils ont voulu m'opérer, mais j'ai eu peur de subir l'opérations et j'ai refusé de la subir.» Elle m'a également dit que dans ce cas, il fallait remplacer l'artère par un tube de plastique. J'y ai pensé et je me suis dit que je devrais peut-être essayer de voir le Dr Hughes et lui poser des questions à ce sujet. Je me suis adressé à l'infirmière en chef et j'ai réussi à revoir le Dr Hughes.

Q. En avez-vous à un certain moment discuté avec le Dr Szabo?

R. Le Dr Szabo venait tous les jours et je lui ai posé une question à ce sujet et il a répondu «Écoutez, je ne sais pas grand chose là-dessus. Si je savais cela je serais spécialiste moi-même. Vous êtes en bonnes mains avec le Dr Hughes et faites ce qu'il vous dit».

Q. Vous rappelez-vous d'autres conversations que vous auriez eues à l'époque avec le Dr Szabo concernant l'opération ou ce qu'elle impliquait ou les risques qu'elle comportait?

A. There wasn't anything mentioned about any kind of risk.

Q. You have told us you wanted to see Dr. Hughes again to talk about it?

A. Yes.

Q. Did Dr. Hughes come back to your room?

A. Yes, he did once and he said, "That's a different case, because that lady is not a young person like you." It was far away gone already with her and mine was just in the beginning. He said, "You don't have to worry about that. There is no plastic tube which would have to be replaced in that cut."

Q. What discussions did you have about any risks of the operation?

A. Honestly, I didn't have any doubt about it. I didn't even think there was going to be any risk. Somehow I don't have anything to do with doctors and operations. I didn't even think about it.

Q. Did he talk to you about what would happen if you didn't have the operation?

A. Yes, he said, "It is up to you if you want to have it or not. You can live a few years. You can live about 7 or 10 years or longer. One of these days once you are going to fall on your nose, and that's it. If you are going to do it now in the beginning you are not going to have any problem later."

Q. Did Dr. Hughes say anything else about any risks of the operation?

A. He didn't mention anything.

At pp. 121 and 124 there are the following questions and answers:

Q. If you had known and if you had been told that there was risk of having a stroke as a result of this operation, what would your decision have been about having the operation?

A. May I say something? For one thing I didn't even know what a stroke is. Secondly, if I have to choose for a short life and live like a normal person or life [*sic*] the rest of it like a cripple I would have chosen to live a short life and be a normal person. I wouldn't drag myself around the way I am doing now.

. . .

R. Il n'a été question d'absolument aucun risque.

Q. Vous nous avez dit que vous désiriez revoir le Dr Hughes pour en discuter?

R. Oui.

Q. Le Dr Hughes est-il revenu à votre chambre?

R. Oui, il est venu une fois et a dit «C'est une situation différente, parce que cette dame n'est pas jeune comme vous». Le problème était déjà très grave chez elle alors que chez moi il n'en était qu'à sa première phase. Il a dit «Vous n'avez pas à vous inquiéter de cela. Il ne sera pas nécessaire d'installer un tube de plastique dans cette coupure».

Q. Quelles discussions avez-vous eues concernant les risques de l'opération?

R. En toute honnêteté, je n'avais aucun doute à ce sujet. Je n'ai même pas pensé qu'il y avait des risques. D'une manière ou d'une autre, je n'ai jamais eu à voir de médecin ni à subir d'opération. Je n'y ai même pas pensé.

Q. Vous a-t-il dit ce qu'il arriverait si vous ne subissiez pas l'opération?

R. Oui, il a dit «C'est à vous de décider si vous désirez subir l'opération ou non. Vous pouvez vivre quelques années. Vous pouvez vivre encore sept ou dix ans. Un de ces jours vous tomberez sur le nez et voilà. Si vous le faites maintenant, dans la première phase, vous n'aurez pas de problème plus tard».

Q. Le Dr Hughes a-t-il mentionné autre chose au sujet des risques de l'opération?

R. Il n'a rien mentionné.

Nous trouvons aux pp. 121 et 124 les questions et réponses suivantes:

[TRADUCTION] Q. Si vous aviez su et si l'on vous avait dit qu'un accident cérébro-vasculaire pouvait résulter de cette opération, quelle décision auriez-vous prise?

R. Puis-je dire quelque chose? Tout d'abord je ne savais même pas ce qu'était un accident cérébro-vasculaire. Deuxièmement, si j'avais eu à choisir entre vivre une vie courte comme une personne normale ou vivre comme un handicapé le reste de mes jours, j'aurais choisi une vie courte et d'être une personne normale. Je n'aurais pas à me traîner comme je le fais maintenant.

. . .

Q. Was there any other conversation with Dr. Hughes before the operation took place on the Wednesday?
A. Honestly I can't recall anything.

Following the operation, which resulted in the paralysis suffered by the plaintiff, he saw Dr. Hughes on two occasions, as the following excerpts from his evidence in chief show:

Q. You say you saw Dr. Hughes after the operation, a week or so after the operation?

A. First I was asking for him and I was trying to tell my wife that I wanted to see the doctor who operated on me and she understood and we were both asking for him. The head nurse came in and said, "He isn't back from his holiday and as soon as he is back, we will get in contact with him."

Q. Did Dr. Hughes eventually come in to see you?
A. Yes, I was in the wheelchair out of the room and I saw him passing by and I called him and he came there and I said, "Look at me, how I am," and he said, "Nothing to worry about. It is all going to come back." He looked at my hand and tried to open my fingers. He said, "Try to move it," and there was no movement. He said, "Don't worry, it will all come back." He was probably trying to cheer me up.

Q. Did you see Dr. Hughes again?
A. I saw him once much later after they transferred me to the Shedoke Rehabilitation Centre. This was the first week and after that they let me home. Someone picked me up and delivered me home. This was a Saturday or Sunday. I don't know exactly the date. Sunday night I have to be back at Shedoke again. I was so desperate I wanted to see Dr. Hughes very much and I said to my wife, "Take me to his office and I want to speak to him about it. What is going to happen with me." I didn't get back to the hospital. I went to his office, and without any appointment, and I said, "I have to speak with him,". [*sic*] Then I saw him and I asked him how and what and how come I am lined up like a cripple.

Q. What did Dr. Hughes say?
A. Dr. Hughes said, "This just didn't work out." He said, "I'm sorry,". [*sic*] He also put the stethescope [*sic*] on and saying there is still not everything all right. He still heard a movement. He said, "I'm sorry, this didn't work out," and I said, "How come it didn't work out?" and he said,

Q. Avez-vous eu d'autres conversations avec le Dr Hughes avant l'opération le mercredi?

R. En toute honnêteté, je ne peux me souvenir de rien.

Après l'opération, qui a entraîné la paralysie dont souffre le demandeur, ce dernier a vu le Dr Hughes à deux reprises tel qu'il appert des extraits suivants de son témoignage principal:

[TRADUCTION] Q. Vous dites que vous avez vu le Dr Hughes après l'opération, environ une semaine après?
R. Tout d'abord j'ai demandé à le voir et j'essayais de dire à mon épouse que je voulais voir le médecin qui m'avait opéré, elle a compris et nous demandions tous les deux à le voir. L'infirmière en chef est venue et a dit «Il est en vacances, dès son retour nous communiquerons avec lui».

Q. Le Dr Hughes est-il finalement venu vous voir?
R. Oui, j'étais en chaise roulante à l'extérieur de ma chambre et je l'ai vu passer, je l'ai appelé, il est venu et je lui ai dit «Regardez-moi, vous voyez mon état», et il a dit «Ne vous en faites pas. Tout va se rétablir». Il a regardé ma main et a essayé d'ouvrir mes doigts. Il a dit «Essayez de les bouger», et il n'y avait pas de mouvement. Il a dit «Ne vous en faites pas, tout va se rétablir». Il essayait sans doute de me remonter le moral.

Q. Avez-vous revu le Dr Hughes?
R. Je l'ai vu une autre fois beaucoup plus tard après avoir été transféré au Shedoke Rehabilitation Centre. C'était la première semaine, après qu'ils m'ont laissé rentrer chez moi. Quelqu'un est venu me chercher et m'a ramené à la maison. C'était un samedi ou un dimanche. Je ne sais pas exactement la date. Le dimanche soir je devais revenir à Shedoke à nouveau. J'étais tellement désespéré et je voulais vraiment voir le Dr Hughes et j'ai dit à mon épouse, «Emmène-moi à son bureau je veux lui parler de cela. Que va-t-il m'arriver». Je ne suis pas retourné à l'hôpital. Je suis allé à son bureau sans rendez-vous et j'ai dit «Je dois lui parler». Alors je l'ai vu et je lui ai demandé comment et pourquoi j'en étais venu à être un handicapé.

Q. Que vous a répondu le Dr Hughes?
R. Le Dr Hughes a dit «Cela n'a tout simplement pas réussi». Il a dit «Je regrette». Il a également placé le stéthoscope et a dit que tout n'était pas encore très bien. Il entendait encore un mouvement. Il a dit «Je regrette, cela n'a pas réussi», et j'ai dit «mais pourquoi cela n'a-t-il pas réussi?» Et il a dit

"Look, you've been working at Ford Motor Company and many times you try to do a job and for some reason it just doesn't work out. A screw goes the other way in and they have to replace it or do something about it." I said, "That's fine. Let's do it with me, too. Go all over again and put me on the table and make an operation and get it done, whatever you missed, whatever went wrong with your work." He said, "No, I'm not going to do that. If I am doing it, you may end up dead. I'm not going to touch you any more." That's what he said.

Q. Did you discuss with him anything about telling you that this might occur?

A. I said, "You put it to me so simply like there is nothing to it," and he said, "Yes, that is what I thought first. There was another blockage, not just there on your neck, but a small blockage up in your brain and I couldn't get to it and that caused the problem," he said. He said, "I wouldn't touch this. I am not able to get to that." I said, "Why didn't you tell me the first time there isn't this one blockage but another one that you couldn't touch?" I really didn't get an answer for that. My wife was telling him and asking him questions, too, and her question was, "Why didn't you tell him about the risk he would be taking on the operation?" He answered my wife, "I wouldn't tell none of my patients the risk because this would scare him, or something like that."

«Voici, vous avez travaillé pour Ford Motor Company et vous essayez plusieurs fois de faire un travail et pour une raison inconnue ça ne réussit pas. Une vis va dans la mauvaise direction et il faut la remplacer ou autrement remédier au problème». J'ai dit «C'est bien. Faisons la même chose avec moi aussi. Recommencez tout à zéro et mettez moi sur la table, opérez et faites-le, ce que vous avez raté, ce qui n'a pas réussi dans votre travail». Il a dit «Non, je ne le ferai pas. Si je le faisais, vous pourriez en mourir. Je ne vous toucherai plus». Voilà ce qu'il a dit.

Q. Avez-vous parlé avec lui pour lui dire qu'il aurait pu vous prévenir de cette éventualité?

R. J'ai dit «Vous m'avez présenté la chose comme étant toute simple comme s'il n'y avait rien à craindre», et il a dit «Oui, c'est ce que j'ai d'abord pensé. Il y avait une autre obstruction, pas seulement celle au niveau de votre cou, mais une autre petite obstruction dans votre cerveau et je n'ai pas pu l'atteindre, c'est ce qui a causé le problème». Il a dit «Je n'y toucherai pas. Je ne peux pas l'atteindre». J'ai dit «Pourquoi ne m'avez-vous pas dit la première fois qu'il n'y avait pas seulement cette obstruction mais qu'il y en avait une autre que vous ne pouviez atteindre?» Je n'ai pas vraiment obtenu de réponse à cette question. Mon épouse lui parlait et lui posait également des questions et sa question était «Pourquoi ne l'avez-vous pas prévenu du risque qu'il courait en subissant l'opération?» Il a répondu à mon épouse «Je ne dirais pas à un de mes patients le risque qu'il court parce que cela l'effrayerait ou quelque chose comme cela».

I come now to the cross-examination of the plaintiff on the matter of the information or disclosure given or made to him by Dr. Hughes. The transcript of evidence, volume 1, beginning at p. 156 is as follows, starting with a reference to the arteriogram:

Q. He told you that he was going to perform a test that involved putting some dye into your veins?

A. Yes.

Q. He explained what he was going to do?

A. Yes.

Q. You were content because you felt Dr. Hughes knew what he was doing to let him go ahead with it?

A. I trust him all the way through.

J'en viens maintenant au contre-interrogatoire du demandeur sur la question des renseignements que lui a donnés le Dr Hughes ou de la divulgation qu'il lui a faite. Voici la transcription des notes sténographiques du témoignage, volume 1, aux pp. 156 et suiv.; elles commencent par une mention de l'artériogramme:

[TRADUCTION] Q. Il vous a dit qu'il vous ferait passer un examen qui consistait à introduire de la teinture dans vos veines?

R. Oui.

Q. Il vous a expliqué ce qu'il allait faire?

R. Oui.

Q. Vous vous sentiez rassuré parce que vous aviez l'impression que le Dr Hughes savait ce qu'il faisait?

R. Je lui ai fait confiance tout au long.

Q. A day or so after that time you had the test?

A. Yes.

Q. You had another discussion with Dr. Hughes?

A. Yes.

Q. At that time Dr. Hughes told you that you had a narrowing in the artery on the left side of your neck?

A. Yes.

Q. Did you understand what that was?

A. In a way I wasn't too sure about it because this was something new for me. I was thinking about it and asking him, and also the patient who was in, something about it. After the doctor goes everyone is interested in what is going on and what happens. We were talking about it.

Q. When Dr. Hughes told you you had a narrowing in the artery in your neck, did you understand what he was saying?

A. I understand the artery. I don't know how this comes in and what is the cause. I didn't have the slightest idea, what it is, because this was something new what I heard from him.

Q. Did he use any medical term or just tell you you had a narrowing?

A. I think he tried to tell me and this is too much for me to understand.

Q. He tried to and because of the English problem you were not able to understand?

A. I couldn't understand.

Q. I take it you were content to take his advice?

A. Certainly.

Q. Did he tell you that the amount of blood that was going through your artery had diminished or had fallen away and there wasn't as much blood going through as should be going through?

A. Yes, and he said on the left side in my brain I have a plug and that caused all my problems. That is what he told me.

Q. High blood pressure. You didn't understand, I take it, exactly what he was getting at?

A. Honestly, I thought only that the blood I am getting in my brain caused my headache and the dizziness, and everything else.

Q. That is what you thought?

A. Yes.

Q. I take it you didn't clearly understand?

Q. Vous avez subi l'examen environ un jour plus tard?

R. Oui.

Q. Vous avez eu une autre conversation avec le Dr Hughes?

R. Oui.

Q. À cette époque le Dr Hughes vous a dit que vous aviez un rétrécissement dans l'artère du côté gauche du cou?

R. Oui.

Q. Avez-vous compris ce que c'était?

R. D'une certaine façon je n'étais pas trop certain parce que c'était nouveau pour moi. J'y ai pensé et je lui ai posé des questions à ce sujet de même qu'à mon compagnon. Après le départ du médecin tout le monde est intéressé à ce qui se passe et à ce qui est arrivé. Nous en parlions.

Q. Lorsque le Dr Hughes vous a dit que vous aviez un rétrécissement d'une artère du cou, avez-vous compris ce qu'il disait?

R. J'ai compris l'artère. Je ne sais pas comment cela se produit et ce qui en est la cause. Je n'avais pas la moindre idée de ce que c'était parce que, ce qu'il m'a dit, était quelque chose de nouveau.

Q. A-t-il employé des expressions médicales ou a-t-il simplement dit que vous aviez un rétrécissement?

R. Je crois qu'il a essayé de me dire mais je ne pouvais pas comprendre.

Q. Il a essayé mais vous ne pouviez pas comprendre à cause de l'anglais?

R. Je ne pouvais pas comprendre.

Q. Si je comprends bien son conseil vous suffisait?

R. Bien sûr.

Q. Vous a-t-il dit que la circulation sanguine dans votre artère avait diminué ou était inférieure à ce qu'elle devrait être?

R. Oui, et il a dit que du côté gauche de mon cerveau il y avait une obstruction qui était la cause de tous mes problèmes. C'est ce qu'il m'a dit.

Q. L'hypertension. Ai-je raison de dire que vous n'avez pas compris où il voulait en venir exactement?

R. Honnêtement, j'ai simplement pensé que le sang qui s'acheminait vers mon cerveau causait les maux de tête et les étourdissements et tout le reste.

Q. C'est ce que vous pensiez?

R. Oui.

Q. Si je comprends bien, cela n'était pas clair pour vous?

A. No, I wasn't sure about it.

Q. You also had some discussions with Dr. Hughes as to what he would do to help the blood flow in your neck?

A. That is correct.

Q. I take it from what you told us yesterday that he suggested there was an operation that he could perform?

A. Yes.

Q. He also suggested to you that your problem might become worse or more difficult if you waited rather than having the operation done now?

A. That is right.

Q. Was that all said at the one time after the tests? Did he go through all of that?

A. This was when he saw all the results of the tests and he was telling me all that.

Q. I take is that, as you have described, after that time, after the discussion with Dr. Hughes, you got talking with other patients in the room?

A. Yes.

Q. You talked to Dr. Hughes again?

A. I asked him to talk it over.

Q. When you talked to him again you had some concern as to what was involved in the surgery?

A. Yes.

Q. What did you ask Dr. Hughes.

A. Honestly, the tube for that woman was mentioned to him.

Q. He said he didn't need to use that?

A. Because it was just in the beginning.

Q. Did he mention another patient across the hall that he had operated on?

A. A similar older person and he had to do something like that on him and I don't know where he had to do it. I don't think it was the same case as mine. He has not any doubt about it, mine will go honestly. He said, "You are young and strong and it is just in the beginning".

Q. What Dr. Hughes told you was that your problems would be less if you had the surgery done?

A. Right away.

Q. Than if you waited and he told you what might happen if you waited?

R. Non, je n'en étais pas certain.

Q. Vous avez également eu des conversations avec le Dr Hughes concernant ce qu'il ferait pour faciliter la circulation sanguine dans le cou?

R. C'est exact.

Q. Si j'ai bien compris ce que vous nous avez dit hier, il a laissé entendre que c'était une opération qu'il pouvait pratiquer?

R. Oui.

Q. Il vous a également laissé entendre que votre problème deviendrait plus grave ou plus complexe si vous attendiez que si vous subissiez l'opération maintenant?

R. C'est exact.

Q. Est-ce que cela vous a été dit en une fois après les examens? A-t-il parlé de tout cela?

R. C'est après avoir vu tous les résultats des examens qu'il m'a dit tout cela.

Q. Si je comprends bien, comme vous l'avez décrit, après ce moment-là, après la conversation que vous avez eue avec le Dr Hughes, vous avez parlé avec d'autres patients dans la chambre?

R. Oui.

Q. Avez-vous reparlé au Dr Hughes?

R. Je lui ai demandé d'en reparler.

Q. Lorsque vous lui avez reparlé, vous aviez certaines inquiétudes concernant l'opération?

R. Oui.

Q. Qu'avez-vous demandé au Dr Hughes?

R. Honnêtement, je lui ai mentionné le tube pour cette femme.

Q. Il a dit qu'il n'avait pas besoin de l'utiliser?

R. Parce que ce n'était qu'à la première phase.

Q. Vous a-t-il parlé d'un patient de l'autre côté du couloir qu'il avait opéré?

R. Une personne plus âgée, comme l'autre, à qui il avait dû faire quelque chose du même genre je ne sais où. Je crois que son cas était différent du mien. Il n'avait aucun doute que tout se passerait bien pour moi. Il a dit «Vous êtes jeune et fort et ce n'est qu'à la première phase».

Q. Le Dr Hughes vous a dit que vos problèmes seraient moins grave si vous subissiez l'intervention?

R. Tout de suite.

Q. Que si vous attendiez et il vous a dit ce qui pourrait arriver si vous attendiez?

A. If I would wait a couple of years more I may be in the shoes as the other person he was worried about.

Q. What had happened to that other person?

A. Honestly, I never saw him or was talking with that person. I saw him from a far distance. I never spoke to him about it.

Q. It went further than that, didn't it. Dr. Hughes told you you might fall down, that you might pass out, or have a headache?

HIS LORDSHIP: Ask those singly.

MR. CAMPBELL: You told us yesterday that Dr. Hughes had told you something about what might happen if you waited and you said you might fall on your nose?

A. Yes, if I let it go on for years, then one of these days it is going to be so bad that I just going to pass out, fall down, and I would lay there and I would be dead after that. It is not something tomorrow or next day or in a month if I let it go on.

Q. At some point in time that is what was going to happen?

A. Yes.

Q. He explained the risk?

A. It is a risk to wait a few more years, for 5 or 7 years. We were talking about it.

Q. Did you ask him anything else about the operation, as to how he was going to do it or what was going to be done?

A. Honestly, I didn't ask him. He was pointing it out where he had the operation. He was pointing it out with his finger, right there, he said (indicating).

Q. Did he tell you what he was going to do?

A. He said this is the artery and this is the pluggage and he has to remove the bad part of the artery. The only thing what I don't like, he didn't tell me a second pluggage was in my brain somewhere. He just talked about only this one on which he would operate. I said, "Dr. Hughes, why didn't you tell me about the other one, too" because he said, "That is something I couldn't touch," and that has caused the problem.

Q. You understood that you had that at the time?

A. I didn't know before the operation. He was telling me this only after I was paralyzed.

R. Si j'attendais deux ans ou plus, je serais peut-être dans la même situation que l'autre personne dont l'état l'inquiétait.

Q. Qu'est-il advenu de cette autre personne?

R. Honnêtement, je ne l'ai jamais vue et je ne lui ai jamais parlé. Je l'ai aperçue de loin. Je ne lui ai jamais parlé de cela.

Q. La conversation est allée plus loin que cela, n'est-ce pas? Le Dr Hughes vous a dit que vous pouviez tomber, que vous pouviez mourir, ou avoir des maux de tête?

SA SEIGNEURIE: Posez une seule question à la fois.

Me CAMPBELL: Vous nous avez dit hier que le Dr Hughes vous avait parlé de ce qui pourrait arriver si vous attendiez et vous avez dit que vous pourriez tomber sur le nez?

R. Oui, si j'attends plusieurs années, un de ces jours ma situation sera tellement mauvaise que je perdrai conscience, je tomberai, et je serai étendu là et je serai mort. Ce n'est pas quelque chose pour demain ni le jour suivant ni dans un mois si j'attends.

Q. A un certain moment, c'est ce qui devait vous arriver?

R. Oui.

Q. A-t-il expliqué le risque?

R. C'est un risque que d'attendre quelques années de plus, cinq ou sept ans. Nous en avons parlé.

Q. Lui avez-vous posé d'autres questions concernant l'opération, savoir de quelle façon il procéderait ou ce qu'il allait faire?

R. Honnêtement, je ne lui ai pas demandé. Il indiquait où serait l'opération, il l'indiquait avec son doigt, juste ici (le témoin indique).

Q. Vous a-t-il dit ce qu'il ferait?

R. Il a dit voici l'artère et voici l'obstruction, il devait enlever la partie abîmée de l'artère. La seule chose que je n'aime pas c'est qu'il ne m'a pas dit que j'avais une seconde obstruction quelque part dans le cerveau. Il n'a parlé que de celle qu'il devait opérer. J'ai dit «Dr Hughes, pourquoi ne m'avez-vous pas parlé de l'autre également» il a dit parce que «C'est quelque chose que je ne pouvais atteindre», et c'est ce qui a causé le problème.

Q. Vous avez compris que c'était ce que vous aviez à l'époque?

R. Je ne l'ai pas su avant l'opération. Il m'a dit cela seulement après ma paralysie.

Q. He hadn't told you before the operation that you had anything in your brain?
A. He didn't tell me anything about that.

Q. Are you saying you had it there at that time?
A. He told me so. When he was certain after the tests, he said the pluggage was here and he saw already the other one too, but he didn't tell me about it.

Q. How do you know that he saw that at that time?

A. He said it himself in his office after I saw him.

Q. Did he saw [*sic*] it was there from the beginning?
A. Yes, it was already there. He saw it on the test when he called [sic] my brain.

. . .

Q. When Dr. Hughes was telling you about what he was going to do in the operation and why he thought you should have an operation, did you understand everything that he was saying to you?
A. I understand the reason why he wants to do it and I agree also if he do it in time there may not be any problems later on. I was willing to go through with it.

Q. Did you have any discussions with Dr. Hughes about the possibility of being paralyzed?
A. No. That word paralyzed or stroke was never in my mind and I didn't know anything about it before I was already done and saw people with that problem.

Q. Did you know what the word meant?
A. This time I didn't know.

Q. You don't know whether it was used by Dr. Hughes or not?
A. I didn't hear from anybody. Not from Dr. Hughes or Dr. Szabo, paralyzing and stroke never occurred. No one mentioned it to me.

Q. You didn't understand what they meant?
A. Even so, I didn't understand because I don't have anything to do with it.

Q. Whatever they said along those lines you would not have understood?
A. They personally did not mention it to me, even the words they didn't mention. They didn't use words like paralyzing or stroke to me. The only concern was to get my blood pressure down to normal and

Q. Il ne vous avait pas mentionné avant l'opération que vous aviez quelque chose au cerveau?
R. Il ne m'a rien dit à ce sujet.

Q. Voulez-vous dire que c'était là à ce moment-là?
R. C'est ce qu'il m'a dit. Lorsqu'il a eu la certitude d'après les examens, il a dit que l'obstruction était ici et il voyait déjà l'autre également, mais il ne m'en a pas parlé.

Q. Comment savez-vous qu'il voyait l'autre à ce moment-là?
R. Il me l'a dit lui-même à son bureau lorsque je l'ai vu.

Q. Vous a-t-il dit que c'était là depuis le début?
R. Oui, c'était déjà là. Il l'a vu à l'examen de mon cerveau.

. . .

Q. Lorsque le Dr Hughes vous a dit ce qu'il ferait pendant l'opération et pourquoi il croyait que vous devriez subir une opération, avez-vous compris tout ce qu'il vous disait?
R. J'ai compris pourquoi il voulait la pratiquer et j'ai reconnu également que s'il le faisait à temps il n'y aurait peut-être pas de problème plus tard. Je voulais me faire opérer.

Q. Avez-vous discuté avec le Dr Hughes de la possibilité de paralysie?
R. Non. Les mots paralysie ou accident cérébro-vasculaire ne me sont jamais venus à l'esprit et je ne savais rien à ce sujet avant d'en être une victime et de voir d'autres gens victimes de ce problème.

Q. Saviez-vous ce que signifiait le mot?
R. A ce moment-là je ne savais pas.

Q. Vous ne savez pas si le Dr Hughes l'a employé ou non?
R. Je n'ai entendu personne l'employer. Ni le Dr Hughes ni le Dr Szabo, les mots paralysie et accident cérébro-vasculaire n'ont jamais été prononcés. Personne ne me les a mentionnés.

Q. Vous ne saviez pas ce qu'ils voulaient dire?
R. Même à cela, je n'ai rien compris parce qu'ils me sont tout à fait étrangers.

Q. Quoi qu'ils aient pu dire sur ce sujet, vous n'auriez pas compris?
R. Eux-mêmes ne me l'ont pas mentionné, ils n'ont même pas prononcé les mots. Ils n'ont pas employé en me parlant de mots comme paralysie ou accident cérébro-vasculaire. Leur seul souci était de rétablir ma pression sanguine à la normale et c'est pourquoi ils m'ont prescrit des pilules et si ces

that is why they got pills and if the pills didn't help they would have to find out another way.

. . .

Q. Did you have any discussions with him about the operation?
A. Not with Dr. Orr.

Q. What about Dr. Szabo?
A. He was the one. I asked him in bold language in mine and in English and with Dr. Szabo I understand enough English. I said, "If you don't know how to pronounce it in Hungarian try to explain it to me in English". His answer was, "You are in good hands and if I would know the answer for it I would be a specialist myself."

Q. I take it you can't recall anything else that Dr. Szabo said?
A. Nothing else.

There is one piece of evidence from the patient's wife, when examined in chief, which supports what he himself said in reference to a visit made to the defendant's office after the operation. The transcript, volume 2 of the case, at pp. 314-15 shows the following:

Q. You say you spoke to Dr. Hughes about 2 months after the operation?

A. Yes.

Q. Whereabouts was that conversation?
A. In his office.

Q. Who was present?
A. Only my husband and me and him. I took my husband.

Q. The three of you?
A. Yes.

Q. Tell me about that conversation?
A. Well, it was a long one. It was mostly like we wanted to find out what was going on, what is this thing we are into because we had no idea what we were into. He said that the operation didn't work out, that he promised him that he will have everything back in his arm and right side, even though he won't be painting or drawing like he used to, and that is very painful for him. My husband wanted him to do another operation on him to fix him up and he said he can't do it because there is another blockage in the back of the head. He showed it. There is a tiny blockage. I asked him, "Why didn't you warn my husband because he

dernières n'avaient aucun effet ils devaient trouver un autre moyen.

. . .

Q. Avez-vous eu une autre conversation avec lui concernant l'opération?
R. Non pas avec le Dr Orr.

Q. Et quant au Dr Szabo?
R. C'était lui. Je lui ai demandé en langage direct, le mien et l'anglais et, avec le Dr Szabo, je comprenais suffisamment d'anglais. J'ai dit «Si vous ne savez pas comment prononcer le mot en hongrois essayez de me l'expliquer en anglais», Il a répondu «Vous êtes en bonnes mains et si je connaissais la réponse à cela je serais spécialiste moi-même».

Q. Si je comprends bien, vous ne vous souvenez de rien d'autre que vous aurait dit le Dr Szabo?
R. Rien d'autre.

Dans le témoignage que l'épouse du patient a donné en interrogatoire principal, il y a un élément de preuve qui appuie ce qu'il a lui-même dit au sujet d'une visite au bureau du défendeur après l'opération. Voici ce que l'on trouve dans les notes sténographiques, volume 2 du dossier, aux pp. 314 et 315:

[TRADUCTION] Q. Vous avez dit que vous avez parlé au Dr Hughes environ deux mois après l'opération?
R. Oui.

Q. Où s'est déroulée cette conversation?
R. Dans son bureau.

Q. Qui était présent?
R. Seulement mon mari, moi-même et lui. J'ai amené mon mari.

Q. Tous les trois?
R. Oui.

Q. Parlez-moi de cette conversation?
R. Bien elle a été très longue. C'est comme si nous avions essayé de savoir ce qui se passait, ce qui nous était arrivé, parce que nous n'en avions aucune idée. Il a dit que l'opération n'avait pas réussi, il lui a promis que tout se rétablirait dans son bras et son côté droits, même s'il ne pouvait plus peindre ou dessiner comme il en avait l'habitude, et c'est très pénible pour lui. Mon mari voulait qu'il pratique une autre opération afin de le rétablir et il a dit qu'il ne pouvait pas parce qu'il y avait une autre obstruction à l'arrière de la tête. Il nous l'a montrée. Il y a une toute petite obstruction. Je lui ai demandé «Pourquoi n'avez-vous pas

would rather have died than take the operation which cripples him" and he said, "Mrs. Reibl, I never tell these things to my patients."

Q. Did he say why not?
A. No, he didn't. Maybe; I don't know. It was a nightmare.

Q. Do you remember anything else with respect to the conversation which you had with Dr. Hughes?
A. He said something about my husband's work; "When you work you do some mistakes, too, don't you, which can't be corrected?" My husband said, "If I have a screw in wrong I take it out and put it right. You do the same," and he said he can't.

There was no cross-examination on this evidence.

Counsel for the plaintiff completed his case, having called Dr. Schacter and Dr. Elgie and other witnesses, by reading into the record portions of the examination for discovery of the defendant. I refer to the transcript of evidence, volume 2, at pp. 325 *et seq.*:

. . .

"Q. All right. Now this lesion you discovered through the arteriogram would you describe it as asymptomatic?
A. Yes, I would.

Q. What do you mean by asymptomatic?
A. Well, not causing any detectable neurological disfunction or abnormality."

. . .

"Q. And how many have you carried out or performed before you performed this one on the plaintiff, John Reibl?
A. That is, up to 1970?

Q. Yes.
A. Somewhere around 60 or 70.

Q. And how many of those have been asymptomatic patients?
A. Oh, 4 or 5, I think.

Q. Now of those 60 or 70 that you carried out, what incidents of stroke have there been?
A. At the time of or during surgery or post-operatively?

Q. During surgery?

prévenu mon mari parce qu'il aurait préféré mourir plutôt que d'avoir cette opération qui l'a laissé handicapé» et il a dit «Mme Reibl, je ne dis jamais ces choses à mes patients».

Q. Vous a-t-il dit pourquoi?
R. Non, il n'a rien dit. Peut-être; je ne sais pas. C'était un cauchemar.

Q. Vous souvenez-vous d'autre chose au sujet de la conversation que vous avez eue avec Dr Hughes?
R. Il a parlé du travail de mon mari; «Lorsque vous travaillez vous faites des erreurs, également, n'est-ce pas, qu'il est impossible de corriger?» Mon mari a dit «Si je place une vis incorrectement je l'enlève et je la remets. Faites de même», et il a dit qu'il ne le pouvait pas.

Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire sur ce témoignage.

Ayant fait témoigner les Dr Schacter et Elgie, l'avocat du demandeur a terminé sa preuve en lisant, pour qu'ils soient versés au dossier, certains extraits de l'interrogatoire préalable du défendeur. Il s'agit des notes sténographiques, volume 2, aux pp. 325 et suiv.:

. . .

[TRADUCTION] «Q. Très bien. Décririez-vous la lésion que vous a permis de découvrir l'artériogramme comme asymptomatique?
R. Oui, je la décrirais ainsi.

Q. Que voulez-vous dire par asymptomatique?
R. C'est-à-dire qui ne cause pas de mauvais fonctionnement ou d'anormalité neurologique décelable.»

. . .

«Q. Combien en avez-vous pratiqué avant celle que vous avez pratiqué sur le demandeur, John Reibl?

R. C'est-à-dire jusqu'en 1970?

Q. Oui.
R. Environ 60 ou 70.

Q. Combien y avait-il de patients asymptomatiques parmi ceux-là?
R. Oh, 4 ou 5, je crois.

Q. Parmi ces 60 ou 70 combien d'accidents cérébro-vasculaires se sont produits?
R. Au moment de l'opération ou après celle-ci?

Q. Pendant l'opération?

A. Well, it's hard to tell really whether anything happens at the time of the actual surgery or whether it's some phase in the next hour or two during a recovery period, they're still under the anaesthetic, and so on, but I think it would be somewhere 10 to 15 per cent. Of course, this takes in a long period of time and we were operating originally on patients who had massive strokes that we learned later not to be operating on, so statistics generally improve as the years go on."

. . .

"Q. The 4 or 5 asymptomatic patients, had any of them suffered a stroke?

A. Yes.

Q. What number?

A. Just the one, just one.

Q. You're not including Mr. Reibl in that?

A. No, one before that.

Q. And of the 60 or 70 that you performed how many died from the surgery?

A. Well, again a lot of these were early. I would say probably it would be 8 to 9, 8 to 10, I'll say.

Q. All right. And then was there any medical data or writings available to you as of March, 1970, to indicate what incidents of risk there was generally in carrying out this type of surgical procedure?

A. At that time the mortality rate was getting pretty low. It was less than 4 per cent. The morbidity rate was still around 10 per cent.

Q. By morbidity you mean those in which a stroke occurred?

A. Some complication of operation or immediate problem."

. . .

"Q. Well, then, at that time what was your opinion as to the risk involved in this form of surgery?

A. I felt at that time the, perhaps I can put it this way, that the risk of a patient becoming paralyzed was greater without the surgery than it was with surgery and this is actually the way it was presented to the patient.

Q. Well, leaving out the risk to himself if he did not have the surgery, what risk did you see was attendant on the surgery itself?

A. Well, the possibility of a stroke.

R. C'est difficile de dire réellement si quelque chose s'est produit pendant l'opération ou dans l'heure ou les deux heures qui suivent l'opération pendant la période de réveil, alors que le patient est encore sous l'effet de l'anesthésie, etc., mais je crois qu'il s'agit d'environ 10 à 15 pour cent. Cela s'échelonne bien sûr sur une longue période de temps et nous opérions auparavant des patients qui avaient été victimes d'accidents cérébro-vasculaires graves, ce que l'expérience nous a appris à ne plus faire, aussi, les statistiques s'améliorent avec le temps.»

. . .

«Q. Parmi ces 4 ou 5 patients asymptomatiques, certains ont-ils été victimes d'accidents cérébro-vasculaires?

R. Oui.

Q. Combien?

R. Un seulement, un seulement.

Q. Sans compter M. Reibl?

R. Non, un avant lui.

Q. Parmi les 60 ou 70 que vous avez opérés combien sont morts des suites de l'opération?

R. Bon, il s'agit pour la plupart des premières opérations. Je dirais probablement 8 ou 9 ou 8 à 10.

Q. Très bien. En mars 1970, existait-il des données médicales ou des documents pour indiquer quel genre de risques résultait généralement de ce type d'intervention chirurgicale?

R. A cette époque, le taux de mortalité avait beaucoup diminué. Il était inférieur à 4 pour cent. Le taux de morbidité se situait encore aux environs de 10 pour cent.

Q. Par morbidité vous voulez dire ceux qui sont victimes d'un accident cérébro-vasculaire?

R. Des complications de l'opération ou des problèmes immédiats.»

. . .

«Q. Alors, à cette époque, que pensiez-vous du risque que comportait ce type d'opération?

R. J'estimais à l'époque que, en d'autres mots, que le risque de paralysie chez un patient était plus grand s'il n'y avait pas d'opération qu'il ne l'était avec l'opération et c'est en réalité ce qui a été dit au patient.

Q. Bien, mis à part le risque qu'il courait lui-même s'il ne subissait pas l'opération, quels risques comportait l'opération elle-même, à votre avis?

R. Bien, la possibilité d'un accident cérébro-vasculaire.

Q. And what did you think in terms of percentage that risk was?

A. In my own mind, and I don't believe I gave him any specific figure other than the fact that he was better one way than the other, around the 10 to 15 per cent."

Going now, My Lord, to page 28, questions 249 to 252:

"Q. Doctor, we cannot ask you that at the moment. You finished the operation. When did you next see the patient?

A. It was within about an hour in the intensive care unit. Again, I keep these people in the intensive care unit for the first night and I was making some rounds after we finished the operation and then it would be about 4:30 I think. When I went back to the intensive care unit and he was starting to come around at that time.

Q. Was there any symptoms then of——

A. Yes, the girls had just finished checking him as a matter of fact when I went into the intensive care unit and they felt that his grip, the hand grip on the right side was somewhat weak.

Q. Yes, and what did you do?

A. So I examined him again at that time and his right arm was weak and I felt that his right leg was showing some minimal weakness at that time.

Q. He is still unconscious at this point?

A. He was starting to rouse. I wouldn't say he was actually conscious, perhaps, but he was certainly starting to make sounds and talk sort of thing."

. . .

"Q. It was apparent then that he suffered a stroke?

A. It appeared that he was actually having one.

Q. When you saw him?

A. He was into a stroke evolution, yes."

. . .

"Q. So then, in effect, he had paralysis of the right side?

A. That's correct.

Q. What's the medical term for that?

Q. A combien évalueriez-vous ce risque en pourcentage?

R. A mon avis, je ne crois pas lui avoir donné de chiffre précis sauf lui avoir dit ce qu'il était préférable qu'il fasse, à environ 10 ou 15 pour cent.»

Votre Seigneurie, nous nous reportons maintenant à la p. 28, aux questions 249 à 252:

«Q. Docteur, nous ne pouvons vous poser cette question pour l'instant. Vous avez terminé l'opération. Quand avez-vous vu le patient pour la première fois ensuite?

R. Au cours de l'heure suivante, aux soins intensifs. Je répète que je garde ces patients aux soins intensifs pour la première nuit et je faisais une visite après avoir terminé l'opération, il devait être environ 4 h 30 je crois. Quand je suis retourné aux soins intensifs, il commençait à s'éveiller à ce moment.

Q. Y avait-il alors des symptômes de—

R. Oui, de fait, les filles venaient de l'examiner lorsque je suis arrivé aux soins intensifs et elles trouvaient que la poigne, la poigne de sa main droite était plutôt faible.

Q. Oui, et qu'avez-vous fait?

R. Alors je l'ai examiné à nouveau à ce moment et son bras droit était faible et j'ai trouvé que sa jambe droite présentait une faiblesse minimale à ce moment-là.

Q. Était-il toujours inconscient à ce moment-là?

R. Il commençait à s'éveiller. Je ne dirais pas qu'il était réellement conscient, peut-être, mais il commençait certainement à émettre des sons et à parler en quelque sorte.»

. . .

«Q. Était-il alors évident qu'il avait été victime d'un accident cérébro-vasculaire?

R. Il semblait être victime d'un accident cérébro-vasculaire à ce moment-là.

Q. Lorsque vous l'avez vu?

R. Un accident cérébro-vasculaire était en cours, oui.»

. . .

Q. Alors, il était vraiment paralysé du côté droit?

R. C'est exact.

Q. Quelle est l'expression médicale pour désigner cela?

A. Hemiplegia."

. . .

"Q. Did you ever have any further conversation with the plaintiff Mr. Reibl after your last examination of him while he was in the hospital in 1970?

A. Yes, he came into my office on May 4th, 1970. . . .

Q. Can you tell me what was said as best as you can recall?

A. Well, he was concerned really at that time that he didn't feel that we had told him that this possibility of weakness might happen after the operation. It seemed to be almost fixed with him."

. . .

"Q. Did you make any notes of the conversation this time?

A. I have some notes here. I don't think there is anything specifically about what he said but I have some notes about what he did, tool and die maker. He couldn't work in Canada as a tool and die maker because of the language problem and again the other thing that was really quite upsetting to him was that he had been working at Ford for 8½ years and it required something like 10 years before he could get on a pension program and this, of course, bothered him quite a bit. He had been unhappy with the rehabilitation. He mentioned this. He didn't think they were doing enough for him at Shedoke Centre [a rehabilitation centre] and I have a note that he was not encouraged, meaning more or less depressed. He says he will probably never get back to Ford."

. . .

"Q. Dr. Hughes, the surgery that you performed, did you consider it in any way an emergency form of surgery; that is, to meet a condition of emergency that then existed?

A. No."

The defendant, Dr. Hughes, examined in chief, spoke of the detection of a bruit, that is, a sound of noise, in the plaintiff's left carotid artery as a result of an initial examination. Then followed a reference to the arteriogram which disclosed a narrowing of the artery, with a consequent substantial decrease of the flow of blood. His evidence in chief then continued as follows, beginning at p. 334 of volume 2 of the case on appeal:

R. L'hémiplégie.»

. . .

«Q. Avez-vous eu d'autres conversations avec le demandeur M. Reibl après le dernier examen que vous lui avez fait lors de son séjour à l'hôpital en 1970?

R. Oui, il est venu à mon bureau le 4 mai 1970. . . .

Q. Pouvez-vous me relater la conversation au meilleur de votre souvenir?

R. Bien, il était vraiment contrarié à ce moment parce qu'il ne croyait pas qu'on lui avait dit que cette possibilité de faiblesse pourrait résulter de l'opération. Cela semblait une idée fixe chez lui.»

. . .

«Q. Avez-vous pris des notes de la conversation cette fois?

R. J'ai quelques notes ici. Je ne crois pas qu'il y ait quoi que ce soit de précis sur ce qu'il a dit, mais j'ai des notes au sujet de son travail, outilleur-ajusteur. Il ne pouvait pas travailler au Canada comme outilleur-ajusteur à cause de la barrière linguistique et aussi, ce qui l'inquiétait vraiment était le fait qu'il avait travaillé chez Ford pendant huit ans et demi et qu'il fallait quelque chose comme dix ans avant de pouvoir bénéficier du plan de pension et cela bien sûr l'inquiétait sérieusement. Il était mécontent de la rééducation. Il l'a mentionné. Il ne croyait pas que l'on s'occupait suffisamment de lui au Shedoke Centre [un centre de rééducation] et j'ai noté qu'il n'avait pas bon moral, ce qui signifie plus ou moins qu'il était déprimé. Il dit qu'il ne retournerait probablement jamais chez Ford.»

. . .

«Q. Dr Hughes, considérez-vous que l'opération que vous avez pratiquée était d'une certaine façon une opération d'urgence, c'est-à-dire une opération visant à remédier à une situation d'urgence qui existait alors?

R. Non.»

Dans son interrogatoire principal, le Dr Hughes, le défendeur, a parlé de la détection d'un bruit ou d'un son dans l'artère carotide gauche du demandeur au cours d'un examen initial. Il a ensuite parlé de l'artériogramme qui a révélé un rétrécissement de l'artère d'où une diminution substantielle de la circulation sanguine. Son témoignage principal se poursuit comme suit, à la p. 334 du volume 2 du dossier d'appel:

Q. Having visualized that through the process of the arteriogram, did you have an opinion as to what was the appropriate action to take?

A. Yes, I felt that even though this narrowing of the artery was not causing any obvious neurological deficit, or any neurological problems at that particular time, that he probably should have this removed to prevent a stroke some time in the future.

Q. In your opinion, and let's talk about it in terms of 1970, what did the future hold for him if the surgery was not undertaken as opposed to the risk if it was?

A. I think I can say that at that time we had some definite evidence that leaving an artery in this condition alone would definitely have an increased risk of a stroke in the next several years.

Q. What were you able to determine about his vascular system and his condition in that respect?

A. There was a small plaque higher up in the artery on the same side. There was another very small one on the right side just at the level of the division of the main artery.

Q. Did he show any neurological deficits at all?

A. No, he didn't. I believe there was a brain wave test taken at the time he was in hospital previously which was within normal limits.

Q. Did you discuss with the plaintiff having the operation?

A. Yes, I did.

Q. The operation being the one which was ultimately undertaken?

A. That is correct.

Q. An endarterectomy?

A. Yes.

Q. When did you discuss his undergoing the operation and what did you say to him?

A. I think it was the next day after the arteriogram. At that time we were doing the angiograms quite often in the early afternoon so they were still fairly drowsy the rest of the afternoon and you didn't have a chance to talk to them about it. So it is the next day you talk to the patient.

Q. This is 6 years ago and you don't have a note of it?

A. No.

Q. What did you say?

[TRADUCTION] Q. Ayant visualisé cela au moyen de l'artériogramme, aviez-vous une opinion quant à la procédure appropriée?

R. Oui. J'étais d'avis que, même si ce rétrécissement de l'artère ne causait aucune déficience neurologique évidente ou aucun problème neurologique à ce moment-là, il fallait sans doute le faire disparaître pour prévenir un accident cérébro-vasculaire plus tard.

Q. A votre avis, et reportons-nous à l'année 1970, que lui réservait le futur s'il ne subissait pas l'opération par opposition au risque s'il la subissait?

R. Je peux dire, je crois, qu'à cette époque, nous avions des preuves certaines que laisser une artère dans cet état présentait certainement un risque plus grand d'accident cérébro-vasculaire au cours des années suivantes.

Q. Qu'avez-vous pu déterminer relativement à son système vasculaire et à son état à cet égard?

R. Il y avait une petite plaque plus haut dans l'artère du même côté. Il y en avait une autre, très petite, du côté droit juste au niveau de la division de l'artère principale.

Q. Manifestait-il un déficit neurologique?

R. Non, aucun. Lors de son séjour antérieur à l'hôpital il avait passé, je crois un électro-encéphalogramme dont le résultat était normal.

Q. Avez-vous parlé de l'opération avec le demandeur?

R. Oui, je lui en ai parlé.

Q. De l'opération qui a finalement été pratiquée?

R. Oui, c'est exact.

Q. Une endartériectomie?

R. Oui.

Q. Quand lui avez-vous parlé de l'opération qu'il devait subir et que lui avez-vous dit?

R. Je crois que c'était le lendemain de l'artériogramme. A cette époque, nous faisions les angiogrammes très souvent en début d'après-midi de sorte qu'ils étaient encore assez endormis le reste de l'après-midi et vous n'aviez pas la possibilité de leur en parler. Aussi, vous parlez au patient le lendemain.

Q. Il y a 6 ans de cela et vous n'avez pas pris de notes?

R. Non.

Q. Qu'avez-vous dit?

A. I talked to him about the fact that there was a narrowing in the artery, that only 10 or 15 per cent of the blood was getting through, and I felt the chances of preventing a stroke were better by having the operation than if we left him alone, in which case he might have a stroke within a few years.

Q. Did you use any statistics at all?
A. I didn't use any actual figures. I used my knowledge that there was a trend in these directions.

Q. In that first conversation did he have any questions or queries at all?
A. No, he didn't.

Q. Did he give you an answer at that time?
A. I believe he said he wanted to have something done. I think he was very concerned about his headaches at that time and I feel that he wanted something done to try to improve everything, not just this narrowing or stroke problem. He said, "Go ahead and make the arrangements".

Q. Did you indicate that his headaches were causally connected at all to the bruit?
A. I indicated to him, and he had asked me about this, and I'm not sure whether it was that talk or subsequently again, but I did tell him I didn't feel the headaches would necessarily be improved. I told him I didn't think they would be improved from the operation, as a matter of fact.

Q. Did you have more than one conversation with him on this subject of what the future held for him and explaining the operation to him?
A. Yes.

Q. How many times did you speak to him?
A. Two or three times after that first talk. Probably two more times after the first time I talked to him about the operation.

Q. Over what period of time?
A. Over another 4 or 5 days.

Q. If you can sort out the different conversations and when you said what day or when looking back over this span of time, I ask you generally what were the contents of all the discussions taken together?

A. At one stage I know Dr. Szabo was with me and we talked to the patient about this and Dr. Szabo explained to him, as best he could in Hungarian, which I don't understand; at any rate, he went

R. Je lui ai parlé du fait qu'il y avait un rétrécissement de l'artère, que seulement 10 à 15 pour cent du sang pouvait circuler, et que je croyais que les chances de prévenir un accident cérébro-vasculaire étaient meilleures s'il subissait l'opération que s'il demeurait ainsi, dans ce dernier cas il pouvait subir un accident cérébro-vasculaire dans les années suivantes.

Q. Avez-vous mentionné des statistiques?
R. Non, je n'ai pas donné de chiffres. J'ai utilisé ma connaissance des tendances en ce sens.

Q. Au cours de cette première conversation a-t-il posé des questions?
R. Non, aucune.

Q. Vous a-t-il donné une réponse à ce moment-là?
R. Je crois qu'il a dit vouloir qu'on fasse quelque chose. Je crois que ses maux de tête l'inquiétaient beaucoup à ce moment-là et j'ai l'impression qu'il désirait qu'on fasse quelque chose pour tout améliorer, pas seulement le rétrécissement ou le problème cérébro-vasculaire. Il a dit «Allez-y, prenez les dispositions nécessaires».

Q. Lui avez-vous dit que ses maux de tête étaient reliés au bruit?
R. Je lui ai dit, et il m'avait interrogé à ce sujet, et je ne suis pas certain si c'était lors de cette conversation ou par la suite, mais je lui ai dit que je ne croyais pas que ses maux de tête diminueraient nécessairement. En fait, je lui ai dit que je ne croyais pas que l'opération aurait pour effet de les atténuer.

Q. Avez-vous eu plus d'une conversation avec lui pour discuter de ce que l'avenir lui réservait et lui expliquer l'opération?
R. Oui.

Q. Combien de fois lui avez-vous parlé?
R. Deux ou trois fois après cette première conversation. Probablement deux autres fois après la première fois où je lui ai parlé de l'opération.

Q. Sur quelle période de temps?
R. Sur une période de 4 ou 5 jours.

Q. Si vous pouvez distinguer les différentes conversations et ce que vous avez dit à une occasion particulière lorsqu'on retourne en arrière, je vous demande quel était en général le contenu de l'ensemble des conversations?
R. Je sais qu'à un certain moment le Dr Szabo était avec moi et nous avons parlé de cela au patient et le Dr Szabo lui a expliqué, aussi bien qu'il pouvait le faire en hongrois, langue que je ne comprends

over the explanation of the operation with the patient and I think tried to relate my feeling that- - - -

MR. HOWIE: We are in a difficult area and I appreciate what the doctor is trying to do. If he didn't understand what Dr. Szabo said I would prefer to have Dr. Szabo say it:

HIS LORDSHIP: Are you going to call him?

MR. LAIDLAW: I expect we will.

HIS LORDSHIP: Under those circumstances. . . . .

MR. LAIDLAW: Let's stick to what I can do with this doctor.

HIS LORDSHIP: He is listening to someone speaking in Hungarian?

A. Yes.

MR. LAIDLAW: First of all, were the mechanics of the operation ever explained to the plaintiff? Did you ever explain the mechanics?

A. The incision-type of thing?

Q. Even in general terms?

A. It was to remove this plug or blockage of the artery.

Q. And Dr. Szabo was present on one occasion, had you had a discussion with Dr. Szabo in his presence as to what was going to go on?

A. I talked to Dr. Szabo previously and I don't know whether it was coincidence or not, but we happened to see the patient at the same time.

HIS LORDSHIP: Did you explain to the patient in Dr. Szabo's presence and Dr. Szabo act as interpreter?

A. That is correct.

MR. LAIDLAW: What did you say to the plaintiff at the time Szabo was purporting to translate?

A. That we felt in the best interests of the patient the artery should be opened up, the blood supply restored, and then again the question came up of, "What are the chances of something happening to me, paralysis?" I am sure he used that word. I said I just felt the chances of having a stroke by not operating were better than if we did operate on him.

Q. Did he ask whether he might suffer one, in any event, as a result of the operation?

A. Yes, that is what he was asking.

Q. What did you tell him?

MR. HOWIE: That is a leading and important question.

pas; quoi qu'il en soit, il a expliqué à nouveau l'opération au patient et je crois qu'il essayait de lui transmettre mon opinion que- - - -

ME HOWIE: Nous sommes sur un terrain difficile et je vois ce que le docteur essaie de dire. S'il n'a pas compris ce que le Dr Szabo a essayé de dire je préférerais que le Dr Szabo le dise lui-même:

SA SEIGNEURIE: Allez-vous le citer?

ME LAIDLAW: Je le crois.

SA SEIGNEURIE: Dans ces circonstances . . .

ME LAIDLAW: Tenons-nous en à ce que je peux faire avec ce témoin.

SA SEIGNEURIE: Il écoute quelqu'un qui parle en hongrois?

R. Oui.

ME LAIDLAW: Tout d'abord, aviez-vous déjà expliqué la procédure de l'opération au demandeur? Lui avez-vous expliqué la procédure?

R. L'incision par exemple?

Q. Même en termes généraux?

R. C'était pour faire disparaître cette obstruction ou blocage de l'artère.

Q. Et le Dr Szabo était présent une fois, avez-vous eu une conversation avec le Dr Szabo en sa présence sur ce qui allait se passer?

R. J'avais parlé au Dr Szabo précédemment et je ne sais pas si c'était par coïncidence ou non, mais nous avons vu le patient en même temps.

SA SEIGNEURIE: Avez-vous donné des explications au patient en présence du Dr Szabo alors que le Dr Szabo agissait comme interprète?

R. C'est exact.

ME LAIDLAW: Qu'avez-vous dit au demandeur lorsque le Dr Szabo agissait comme interprète?

R. Que nous estimions qu'il était dans l'intérêt du patient que l'artère soit opérée, que la circulation sanguine normale soit rétablie et, à nouveau la question s'est posée, «Quels sont les risques qu'il m'arrive quelque chose, la paralysie?» Je suis certain qu'il a employé ce mot. Je lui a dit qu'à mon avis, les risques de subir un accident cérébro-vasculaire étaient plus élevés s'il ne subissait pas l'opération que s'il la subissait.

Q. Vous a-t-il demandé s'il risquait d'en subir un de toute façon par suite de l'opération?

R. Oui, c'est ce qu'il demandait.

Q. Que lui avez-vous dit?

ME HOWIE: C'est une question suggestive et importante.

MR. LAIDLAW: What did you tell him?

HIS LORDSHIP: Don't lead Mr. Laidlaw, please.

MR. LAIDLAW: What did you tell him?

A. I told him again that the chances were still better of not having a stroke with the operation than they were leaving it alone.

Q. Did he have any other questions or queries at all prior to the operation concerning it?

A. I don't remember anything. He seemed to want to really get on and get this operated on and get straightened around.

The defendant went to see the plaintiff in the recovery room after the operation and noticed some weakness in the right arm. The patient was transferred to intensive care and his condition changed for the worse. Dr. Hughes was called back to see him. The doctor's evidence was the following:

Q. Was there a difference between his condition that you had seen in the recovery room?

A. Yes.

Q. The time span was about what?

A. Perhaps another half hour after he was transferred from recovery room to the intensive care unit, half an hour to three-quarters of an hour.

Q. What opinion did you hold when you saw him in the intensive care unit?

A. I felt that he was either having a stroke, and I couldn't be sure whether he had flipped off a piece of blood clot, embolism, or was starting to occlude his carotid artery. The fact that he had weakness of the right arm suggested to me that it was a small piece of clot that had flipped up from the suture line area of the operation. Because of that I felt that there was a fairly good chance we could leave well enough alone and not do anything at that particular time. When he changed for the worse, in some of the other vital signs—he was getting a brain swelling at this time—I felt at that stage we should not re-operate on him because of the very high chance of having mortality.

Q. From what cause?

A. Just from bleeding in the brain due to the fact that any area of infarction, whether from an embolus or occlusion of the artery of the neck, vascular insufficiency, does cause softening of the brain which causes weakening; the blood vessels are

ME LAIDLAW: Que lui avez-vous dit?

SA SEIGNEURIE: Ne guidez pas le témoin Me Laidlaw, s'il-vous-plaît.

ME LAIDLAW: Que lui avez-vous dit?

R. Je lui ai répété que les risques de subir un accident cérébro-vasculaire étaient moins élevés s'il subissait l'opération que s'il demeurait dans son état actuel.

Q. A-t-il eu d'autres questions ou points d'interrogation sur ce sujet avant l'opération?

R. Je ne me souviens de rien. Il semblait vraiment vouloir que l'on s'y mette, qu'on l'opère et qu'on rétablisse tout.

Le défendeur est allé voir le demandeur dans la salle de réveil après l'opération et a remarqué une certaine faiblesse du bras droit. Le patient a été transféré à l'unité de soins intensifs et son état s'est aggravé. Le Dr Hughes a été rappelé à son chevet. Voici le témoignage du médecin:

[TRADUCTION] Q. Son était était-il différent de ce qu'il était dans la salle de réveil?

R. Oui.

Q. Combien de temps s'était-il écoulé?

R. Peut-être une autre demi-heure après son transfert de la salle de réveil à l'unité de soins intensifs, une demi-heure à trois quarts d'heure.

Q. Quelle a été votre opinion lorsque vous l'avez vu à l'unité de soins intensifs?

R. J'étais sous l'impression qu'il était en train de faire un accident cérébro-vasculaire, et je me demandais si un caillot de sang s'était déplacé, s'il faisait une embolie ou si une occlusion commençait à se former dans l'artère carotide. Sa faiblesse dans le bras droit me laissait croire qu'un petit caillot s'était détaché de la région suturée. C'est pourquoi je pensais que nous pourrions sans doute laisser les choses telles quelles et ne rien faire à ce moment précis. Lorsque son état s'est aggravé, dans certains de ses autres signes vitaux—il commençait un oedème au cerveau à ce moment—j'étais d'avis qu'il ne fallait pas le soumettre à une nouvelle opération à ce moment-là compte tenu des très grands risques de décès.

Q. A cause de quoi?

R. Simplement à cause de l'hémorragie au cerveau, puisque dans tout infarctus, qu'il résulte d'une embolie, d'une occlusion de l'artère du cou, d'une insuffisance vasculaire, entraîne un ramollissement cérébral qui entraîne de la faiblesse; les

> weaker, and if the blood flow is restored the extra pressure will often cause a cerebral haemorrhage.

Dr Hughes said also that within a short time, about fifteen minutes or so, and on his own observation, the plaintiff changed from being in a hemiparetic condition to a hemiplegic condition. It would be dangerous he said to re-operate on such a patient, the mortality rate being from twenty to sixty per cent. Further evidence in chief touched upon post-operative care which, as I noted early in these reasons, was not an issue in this Court.

Finally, there is the cross-examination of the defendant, which I wish to reproduce in its portions relevant to the disclosure of the risks of having or not having the recommended operation. The matter is considered in volume 2 of the case on appeal, beginning at p. 361:

Q. I want to go to the issue of risk. First of all, would you agree with me that in 1970 you were aware of the fact that there were specific risks attendant upon the surgery that you were recommending to Mr. Reibl?

A. Yes, there were some risks. They were really quite minimal actually.

Q. On your examination for discovery that I read in yesterday, you indicated that it was something less than 4 per cent chance of mortality and something in the order of 10 per cent with respect to morbidity?

A. Yes, I think it probably was even lower than that.

Q. In 1973 you felt it was what I said; is that correct?

A. On the discovery?

Q. Yes?

A. Yes.

Q. Do you agree with me that everyone of your patients, and I do not care the operative procedure you might recommend, is entitled to give an informed consent; is that fair?

A. Yes.

Q. When we speak of "informed" we mean that the patient should be sufficiently aware of the risks and of the nature of the surgery in order to be able to decide to have it or not have it?

A. That is correct.

> vaisseaux sanguins sont plus faibles, et si la circulation sanguine est rétablie la pression supplémentaire causera souvent une hémorragie cérébrale.

Le Dr Hughes a également dit que dans un bref intervalle, environ quinze minutes, il avait lui-même remarqué que l'état d'hémiparésie du demandeur était devenu un état d'hémiplégie. Il serait dangereux, a-t-il dit, d'opérer à nouveau un tel patient puisque le taux de mortalité se situe entre vingt et soixante pour cent. Une autre partie du témoignage principal a porté sur les soins postopératoires qui, je l'ai dit précédemment, ne sont pas en litige devant cette Cour.

Il y a finalement le contre-interrogatoire du défendeur dont je désire reproduire ici les parties pertinentes quant à la divulgation des risques que comportait l'opération envisagée ou l'absence de cette opération. Cette question est traitée dans le volume 2 du dossier d'appel, à partir de la p. 361:

[TRADUCTION] Q. Je désire examiner la question du risque. Tout d'abord, reconnaissez-vous qu'en 1970 vous étiez conscient du fait que l'opération que vous recommandiez à M. Reibl comportait des risques précis?

R. Oui, elle comportait certains risques. Ils étaient en réalité plutôt minimes.

Q. Dans l'interrogatoire préalable dont j'ai fait lecture hier, vous indiquez que le taux de mortalité était inférieur à 4 pour cent et que le taux de morbidité se situait aux environs de 10 pour cent?

R. Oui, je crois que c'était probablement même inférieur à cela.

Q. En 1973, vous étiez d'avis que c'était ce que j'ai dit? Est-ce exact?

R. A l'interrogatoire préalable?

Q. Oui?

R. Oui.

Q. Reconnaissez-vous que tous vos patients, quelle que soit l'intervention chirurgicale que vous envisagez, ont le droit de donner un consentement éclairé; est-ce juste?

R. Oui.

Q. Lorsque nous parlons d'«éclairé», nous voulons dire que le patient devrait être suffisamment conscient des risques et de la nature de l'opération pour pouvoir décider de la subir ou de ne pas la subir?

R. C'est exact.

Q. Would you agree with me that that is the standard that every good neurosurgeon should operate under in terms of obtaining or not obtaining the patient's consent?

A. Yes.

Q. I want to try and make sure we understand each other. There are risks to any surgery?

A. That is correct.

Q. When we speak of the ordinary risks of surgery we refer to things like the surgeon's knife slipping and causing injury, an anaesthetic that does not work properly, a failure on the part of the anaesthetist, Any one of the dozen things that are ordinarily attendant upon surgery?

A. That is correct.

Q. When you get down to specific procedures then apart from, in effect, letting the patient know that all surgery has some risk, which most people should understand in any event, when you come down to specific procedures would you agree with me that you are under an obligation to tell your patient about specific risks?

A. Yes, it might vary a bit with the patient but generally, yes.

Q. Why do you say it would vary a bit with the patient?

A. Some patients are certainly very nervous, anxious.

Q. Frightened?

A. Frightened, yes. Others you start to explain the situation to them and they say, "I don't want to know anything about it. Let's get on and get the job done."

Q. You have had the experience very often where you have explained the specific risks attendant upon a particular procedure that you feel should be done for the patient's benefit and the patient has refused the surgery?

A. Yes.

Q. Too nervous or too scared, or whatever it is?

A. Yes.

Q. Even in situations where they have heard people have had it and are paralyzed back in Italy, out east, or somewhere else?

A. Yes.

Q. In this case it was your desire on behalf of your patient to help him?

Q. Reconnaissez-vous que c'est la norme que devrait suivre tout bon neurochirurgien pour ce qui est d'obtenir ou de ne pas obtenir le consentement du patient?

R. Oui.

Q. Je désire m'assurer que nous nous comprenons bien. Toute opération présente des risques?

R. C'est exact.

Q. Lorsque nous parlons des risques ordinaires de l'opération, nous voulons dire des choses comme le bistouri du chirurgien qui glisse et blesse, un anesthésique qui n'agit pas bien, une faute de la part de l'anesthésiste. L'un ou l'autre d'une douzaine de facteurs que comporte ordinairement une opération?

R. C'est exact.

Q. Lorsque vous en venez au déroulement précis alors, en plus d'informer le patient que toute opération présente des risques, ce que la plupart des gens devraient comprendre de toute façon, lorsque vous en venez au déroulement précis, reconnaissez-vous que vous avez l'obligation d'informer votre patient des risques précis?

R. Oui, cela peut varier un peu selon le patient mais, de façon générale, oui.

Q. Pourquoi dites-vous que cela peut varier un peu selon le patient?

R. Certains patients sont certainement très nerveux, anxieux.

Q. Effrayés?

R. Effrayés, oui. A d'autres, vous essayez d'expliquer la situation et ils disent, «je ne veux rien savoir de cela. Allons-y et faites le travail.»

Q. Vous est-il très souvent arrivé d'expliquer à un patient les risques précis que comporte l'intervention particulière que vous envisagiez dans l'intérêt du patient et que ce dernier ait refusé l'opération?

R. Oui.

Q. Trop nerveux ou trop effrayé, ou quelque chose d'autre?

R. Oui.

Q. Même dans des situations où ils ont entendu parler de gens qui l'ont subie et qui sont paralysés en Italie, dans l'est ou ailleurs?

R. Oui.

Q. Dans ce cas-ci c'était votre désir au nom de votre patient de l'aider?

A. Yes.

Q. Therefore, you were anxious that he should have the surgery in this case?

A. I felt that he would definitely benefit from it, yes.

Q. I am going to suggest to you that in this case you never did specifically tell your patient of the specific risks of this surgery?

A. I didn't even have to because the patient asked me this himself.

Q. In other words what he said to you was, and correct me if I am wrong, "Is there any chance of my being paralyzed?" or words to that effect?

A. Yes, that is correct.

Q. In other words, he raised the issue with you?

A. Yes.

Q. Did you then tell him what his chances were of being paralyzed immediately or within a day or two as a result of this surgery?

A. No, I did not tell him any specific time after surgery. I told him that the chances of being paralyzed if he did not have the operation were greater—the chances of him being paralyzed if he did not have the operation were greater than if he did have the operation.

Q. You attempted to compare risks of being paralyzed by having the surgery or not having the surgery?

A. That is correct.

Q. Am I not correct that you told him, going on to deal with what would happen if he did not have the surgery, you went on to say to him that he might very well some day, within a few years, have a stroke, or words to that effect, and fall on his nose?

A. I don't know I said, "on his nose", but at least he could fall down.

Q. Within a few years he could have a stroke if he did not have this operation and there was a pretty good chance of that occurring?

A. Yes, right.

Q. I suggest to you, however, that what you did not do was specifically tell your patient that he ran a specific risk of having a stroke and, in effect, being paralyzed if he had this operation. Do you understand the distinction?

R. Oui.

Q. Donc, vous désiriez vraiment qu'il subisse l'opération dans ce cas-ci?

R. J'étais d'avis qu'il en bénéficierait vraiment, oui.

Q. Si je vous disais qu'en l'espèce, vous n'avez jamais informé précisément votre patient des risques précis que comportait cette opération?

R. Je n'ai pas eu besoin de le faire parce que le patient m'a lui-même interrogé à ce sujet.

Q. En d'autres mots, et corrigez-moi si j'ai tort, il vous a dit, «Se pourrait-il que je reste paralysé?» ou des mots dans ce sens-là?

R. Oui, c'est exact.

Q. En d'autres mots, il a amené le sujet dans la conversation?

R. Oui.

Q. Lui avez-vous dit alors quels étaient les risques de paralysie immédiate ou dans les quelques jours suivant cette opération?

R. Non, je ne lui ai pas donné de temps précis après l'opération. Je lui ai dit que le risque d'être paralysé s'il ne subissit pas l'opération était plus grand—que le risque d'être paralysé s'il ne subissait pas l'opération était plus grand que s'il la subissait.

Q. Vous avez essayé de comparer le risque d'être paralysé suite à l'opération à celui d'être paralysé sans l'opération?

R. C'est exact.

Q. N'est-il pas vrai que vous lui avez dit, alors que vous vouliez l'informer de ce qui arriverait s'il ne subissait pas l'opération, vous lui avez dit qu'il pourrait très bien un jour, dans quelques années, être victime d'un accident cérébro-vasculaire ou d'autres mots dans ce sens-là, et tomber sur le nez?

R. Je ne sais pas si j'ai dit, «sur le nez», mais au moins qu'il pouvait tomber.

Q. Il pouvait très bien être victime d'un accident cérébro-vasculaire dans les années suivantes s'il ne subissait pas l'opération?

R. C'est cela.

Q. Toutefois, si je vous disais que ce dont vous n'avez pas spécifiquement parlé à votre patient, c'est du risque précis qu'il courait de faire un accident cérébro-vasculaire et, en fait, d'être paralysé s'il subissait cette opération. Comprenez-vous la distinction?

A. Yes. I felt that he realized he could have had a stroke because he asked the question.

Q. Do you think he actually understood what a stroke was?
A. He said, if not "paralyzed", "weakness".

Q. Let me take you back to your examination for discovery, page 14, question 139. If my friend objects to me saying this, perhaps he will let me know. Earlier on on that page you told the court how you described to him what the procedure was that you were going to do, the description physically of what you were going to do:

> "Q. Right. Then did he appear to understand what was involved?
>
> A. Yes, he did and as a matter of fact he brought up the question of possible complications. This was the first question he asked me, "What are the chances of having a stroke?" "

Did he use those words?
A. Well, if he didn't use 'stroke' he used 'paralyzed'.

Q. You don't recall specifically?
A. No, but I do realize he asked a question about the complications.

Q. You got the impression it would have to do with him being paralyzed or something of that sort?
A. Yes.

. . .

> "Q. And what did you tell him?
>
> A. I told him again, or for the first time, that the chances we felt were better, the chances of not—I guess I put it in a negative way. The chances of not having a stroke were better with surgery than if we left well enough alone.
>
> Q. So in essence you told him that he would be better off with surgery than to carry on without it?
>
> A. Yes."

Is that true?
A. That is true.

Q. Will you agree with me that you did not discuss with him percentages of risk, whatever else you told him about this particular procedure, of having a stroke or being paralyzed as a result of the surgery?

R. Oui. J'étais d'avis qu'il réalisait qu'il pouvait être victime d'un accident cérébro-vasculaire puisqu'il posait la question.

Q. Croyez-vous qu'il ait réellement compris ce qu'était un accident cérébro-vasculaire?
R. Il a dit, sinon le mot «paralysé», le mot «faiblesse».

Q. Revenons à votre interrogatoire préalable, page 14, question 139. Si mon confrère s'oppose à ce que je vais dire, il peut me le faire savoir. Plus haut sur cette page vous avez dit à la cour comment vous avez expliqué au patient l'intervention que vous alliez pratiquer, la description matérielle de ce que vous alliez faire:

> «Q. Bon. A-t-il semblé alors comprendre de quoi il s'agissait?
>
> R. Oui, en fait il a parlé de complications possibles. Voici la première question qu'il m'a posée, «Quels sont les possibilités d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire?» »

A-t-il employé ces mots?
R. Bien, s'il n'a pas parlé «d'accident cérébro-vasculaire», il a dit «paralysé».

Q. Vous ne vous souvenez pas exactement?
R. Non, mais je me rends bien compte qu'il a posé une question concernant les complications.

Q. Vous avez eu l'impression que cela portait sur la crainte d'être paralysé ou quelque chose du genre?
R. Oui.

. . .

> «Q. Et que lui avez-vous dit?
>
> R. Je lui ai dit à nouveau, ou pour la première fois, que les chances étaient à notre avis meilleures, les chances de ne pas—J'ai utilisé la négative je crois. Les chances de ne pas subir d'accident cérébro-vasculaire étaient meilleures avec l'opération que s'il demeurait dans son état actuel.
>
> Q. En somme, vous lui avez dit qu'il serait préférable qu'il subisse l'opération plutôt que de ne pas la subir?
>
> R. Oui.»

Est-ce exact?
R. C'est exact.

Q. Reconnaissez-vous que vous n'avez pas discuté avec lui des pourcentages de risque, indépendamment de ce que vous lui avez dit concernant cette intervention particulière, d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire ou d'être paralysé par suite de l'opération?

A. I didn't mention any statistical figures.

Q. What I am concerned about is this: the plaintiff says, "If I had known and you, Dr. Hughes, had told me, that as a result of this surgery immediately I could be paralyzed, then I would have made an entirely different decision. All I believed was that whichever way I went I was then likely ultimately to have a stroke if I had the surgery." You heard his evidence?

A. Yes.

Q. What do you say about that?

A. I don't think he put any time limit on it either.

Q. He didn't put any time limit on it. I suggest you didn't tell him that he stood the risk in a positive way, that if he had the surgery there would be the risk of his having a stroke and becoming paralyzed, in effect, immediately after the surgery?

A. I didn't say that specifically.

Q. Don't you think that your patient had the right to know this specifically in order to give you an informed consent or refuse his consent?

A. Well, I think the fact that I said that we were talking 4 or 5 years, I think, as far as having a stroke without operation, I feel we were talking about the same interval. I didn't lay down a day or two or month or year either way.

Q. Don't you think that your patient was probably left in the position in which he thought if he did not have the operation he might very well, and there was a better chance of him having the stroke within 4 or 5 years than there was if you did the surgery on him?

A. Yes.

Q. What I am suggesting is that he did not understand and you did not tell him that he stood a specific risk, if he had the surgery, of being paralyzed as a result of the surgery?

A. Again only in the fact that we discussed the risks of either having or not having surgery without a time limit on when he might have something happen post-operatively.

Q. Page 18 of the examination for discovery, question 172:

"Q. Did Mr. Reibl ever ask you whether he might come out of the operation paralyzed?

R. Je n'ai pas donné de statistiques.

Q. Voici ce qui me préoccupe: Le demandeur dit «Si j'avais su et si vous, Dr Hughes, m'aviez dit que suite à cette opération, je pourrais être immédiatement paralysé, alors j'aurais pris une décision tout à fait différente. Tout ce que je croyais était que de toute façon si je subissais l'opération je serais éventuellement victime d'un accident cérébro-vasculaire». Vous avez entendu son témoignage?

R. Oui.

Q. Qu'en dites-vous?

R. Je ne crois pas qu'il ait mentionné de délai lui non plus.

Q. Il n'a pas mentionné de délai. N'est-il pas vrai que vous ne lui avez pas dit qu'il courait un risque de façon positive, que s'il subissait l'opération il courait le risque d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire et d'être paralysé, en fait, immédiatement après l'opération?

R. Je n'ai pas dit cela précisément.

Q. Ne croyez-vous pas que votre patient avait le droit de le savoir précisément afin de vous donner un consentement éclairé ou de refuser son consentement?

R. Bien, je crois que puisque nous parlions d'un délai de 4 ou 5 ans, je crois, dans la mesure où nous parlions d'un accident cérébro-vasculaire sans opération, je pense que nous parlions à peu près du même délai. Je n'ai pas mentionné un délai d'un jour ou deux, d'un mois ou d'une année ni dans un cas ni dans l'autre.

Q. Ne croyez-vous pas que votre patient était probablement sous l'impression que s'il ne subissait pas l'opération il pourrait très bien, et le risque était plus grand, être victime d'un accident cérébro-vasculaire dans les 4 ou 5 ans, que si vous l'opériez?

R. Oui.

Q. Si je vous disais qu'il n'a pas compris et que vous ne lui avez pas dit qu'il courait un risque précis, s'il subissait l'opération, de rester paralysé?

R. Encore une fois, seulement compte tenu du fait que nous avons parlé des risques que comportait l'opération ou l'absence d'opération sans prévoir de délai pour les complications postopératoires.

Q. Page 18 de l'interrogatoire préalable, question 172:

«Q. M. Reibl vous a-t-il déjà demandé s'il pouvait être paralysé par suite de l'opération?

A. In so many words?

Q. Or words to that effect?

A. Well, to some effect yes, he said, 'What are my chances of being paralyzed with the operation?'

Q. And did you answer that question?

A. Yes.

Q. And what did you say?

A. I told him that the chances of his being paralyzed from the operation were less than they would be if he did not have the operation."

[Q.] Is that what you say? Do you agree now that that is what you told him?

A. Yes, I would say so.

Q. Assuming that is what he said?

A. Yes.

Q. A little lower down:

"This is something I did not understand, Doctor." There was actually a discussion of paralysis, was there?

A. Yes.

Q. I took it from what you said earlier that the gist of your discussion each time was, 'Look, you run the risk of a stroke if you don't have the operation. Therefore, you are better off to have the operation than not to have it.'?

A. Yes.

Were you asked that question and did you make that answer?

A. At the time of discovery?

Q. Yes?

A. Yes.

Q. Was it true?

A. Yes.

Some of the cross-examination touched upon the question of re-operating on the plaintiff, and as to this I reproduce a single question and answer:

Q. In other words, in 1970, there were no circumstances under which you would consider re-operating on a patient where you have done a carotid endarterectomy; is that fair?

A. I think that is fair.

Dr. Hughes later reiterated that because of the "very high mortality possibilities", he would not re-operate.

R. De cette façon?

Q. Ou par d'autres mots à cet effet?

R. Bien, d'une certaine façon oui, il a dit «Quels sont les risques d'être paralysé par suite de l'opération?»

Q. Et avez-vous répondu à cette question?

R. Oui.

Q. Et quelle a été votre réponse?

R. Je lui ai dit que le risque d'être paralysé s'il subissait l'opération était inférieur au risque qu'il courait d'être paralysé s'il ne subissait pas l'opération.»

[Q.] Est-ce ce que vous dites? Reconnaissez-vous que c'est là ce que vous lui avez dit?

R. Oui, je le crois.

Q. Si l'on tient pour acquis que c'est ce qu'il a dit?

R. Oui.

Q. Un peu plus bas:

«C'est une chose que je n'ai pas comprise, Docteur.» Vous avez réellement parlé de paralysie, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. J'ai cru comprendre de ce que vous avez dit plus tôt que le cœur de vos conversations était toujours «Regardez, vous risquez d'être victime d'un accident cérébro-vasculaire si vous ne subissez pas l'opération. Donc, il est préférable que vous la subissiez.»?

R. Oui.

Vous a-t-on posé cette question et avez-vous donné cette réponse?

R. Au moment de l'interrogatoire préalable?

Q. Oui?

R. Oui.

Q. Était-ce vrai?

R. Oui.

Une partie du contre-interrogatoire porte sur la question d'opérer à nouveau le demandeur, et je reproduis une seule question-réponse:

[TRADUCTION] Q. En d'autres mots, en 1970 vous n'envisagiez, sous aucune considération, d'opérer à nouveau un patient sur lequel vous aviez pratiqué une endartériectomie de la carotide; est-ce juste?

R. Je le crois.

Le Dr Hughes a ensuite répété qu'en raison des «risques très élevés de mortalité», il n'opérerait pas à nouveau.

5. Breach of Duty of Disclosure: The Findings Below Reviewed

In my opinion, the record of evidence amply justifies the trial judge's findings that the plaintiff was told no more or understood no more than that he would be better off to have the operation than not to have it. This was not an adequate, not a sufficient disclosure of the risk attendant upon the operation itself, a risk well appreciated by the defendant in view of his own experience that of the sixty to seventy such operations that he had previously performed, eight to ten resulted in the death of the patients. Although the mortality rate was falling by 1970, the morbidity (the sickness or disease) rate, according to Dr. Hughes, was still about ten per cent. The trial judge was also justified in finding that the plaintiff, who was concerned about his continuing headaches and who was found to be suffering from hypertension, had the impression that the surgery would alleviate his headaches and hypertension so that he could carry on with his job. Dr. Hughes made it plain in his evidence that the surgery would not cure the headaches but did not, as the trial judge found, make this plain to the plaintiff.

The foregoing findings have a basis in the evidence independent of any reliance on so-called statistics which was criticized by the majority of the Court of Appeal. Although Brooke J.A., speaking for the majority, appeared to discount the trial judge's determinations because the latter made no specific finding on credibility, it is patent to me that the trial judge's conclusions involved a weighing of the evidence and, hence, a measuring of its relative worth on the issues that he had to decide. There were inconsistencies in the defendant's evidence, as the trial judge noted in his reasons, and it was for him to reconcile them in arriving at his findings. For example, the defendant said in chief that he had told the plaintiff of the risk of a stroke during surgery and then said on cross-examination that the risks of the surgery were quite minimal. Again, on cross-examination, he said that he did not tell the patient that there

5. Le manquement au devoir de divulguer: examen des conclusions des cours d'instance inférieure

A mon avis, la preuve au dossier justifie amplement la conclusion du juge de première instance que le demandeur a été simplement informé ou a uniquement compris qu'il serait préférable de subir l'opération plutôt que de refuser de la subir. Cela n'était pas une divulgation adéquate ni suffisante du risque que comportait l'opération elle-même, un risque que le défendeur connaissait bien compte tenu de sa propre expérience: des soixante à soixante-dix opérations semblables qu'il avait antérieurement pratiquées, huit ou dix ont entraîné la mort des patients. Bien que le taux de mortalité ait été à la baisse en 1970, selon le Dr Hughes le taux de morbidité (maladie) se situait toujours aux environs de dix pour cent. Le juge de première instance était également justifié de conclure que le demandeur, qui s'inquiétait de ses maux de tête continus et qui souffrait également d'hypertension, avait l'impression que l'opération le soulagerait des maux de tête et réduirait son hypertension de sorte qu'il pourrait continuer à travailler. Le Dr Hughes a dit clairement dans son témoignage que l'opération n'éliminerait pas les maux de tête mais, comme l'a conclu le juge de première instance, il ne l'a pas expliqué aussi clairement au demandeur.

Les conclusions qui précèdent s'appuient sur la preuve, indépendamment du recours aux prétendues statistiques que la majorité de la Cour d'appel a critiqué. Bien que le juge Brooke, qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, semble ne pas tenir compte des constatations du juge de première instance parce que ce dernier ne s'est pas prononcé sur la crédibilité, il est évident à mon avis qu'en parvenant à ses conclusions, le juge de première instance a pesé la preuve et a donc mesuré son importance relative sur les questions qu'il devait trancher. Le témoignage du défendeur comportait des incohérences, comme le juge de première instance l'a fait remarquer dans ses motifs, et il lui appartenait de les concilier pour parvenir à ses conclusions. Par exemple, dans son interrogatoire principal, le défendeur a dit qu'il avait informer le demandeur du risque d'un accident cérébro-vasculaire pendant l'opération et, en

was a risk of a stroke as a result of the surgery at any specific time thereafter, and he returned to an oft repeated statement that the chances of paralysis were greater without an operation than with it. (This was also the only reference by Dr. Lougheed, who testified for the defence, as to the risk involved in submitting to or foregoing the surgery. His evidence was almost exclusively related to post-operative care and whether a re-operation was feasible. He said it was not. However, as I noted earlier, post-operative care was not an issue in this Court.) Moreover, the defendant placed this risk as one within a few years and not within any immediate time. Indeed, when asked in cross-examination whether he told the patient that the surgery carried the risk of a stroke, he answered, "I didn't say that specifically". This was certainly a case in which a trial judge, here an experienced judge, was in a better position than an appellate court or this Court to determine what evidence to accept and what conclusions to draw from it.

In the passages that I quoted above from the reasons of Brooke J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, there are two approaches on the crucial issue whether the defendant apprised the plaintiff of the risk of a stroke from the very operation. In the first quoted passage, the learned Justice of Appeal appears to have viewed the trial judge's finding on this question as a finding that the plaintiff was not made aware of that risk. This is clearly a correct assessment of the trial judge's conclusion. However, Brooke J.A. went on to deal with the case and with the evidence as if there was a partial albeit not a sufficient disclosure of the particular risk, and he proceeded from there into an appraisal of the statistics to which the trial judge referred and found fault in their use. In the second quoted passage from the reasons of Brooke J.A., wherein he considered the statistics, he ignores the finding

contre-interrogatoire, il a dit que les risques de l'opération étaient assez minimes. De plus, en contre-interrogatoire, il a dit ne pas avoir informé le patient que l'opération pouvait entraîner un accident cérébro-vasculaire dans un délai précis après l'opération et il est revenu à une déclaration qu'il a souvent répétée, que les risques de paralysie étaient plus grands s'il n'opérait pas que s'il opérait. (C'est également la seule chose que le Dr Lougheed, témoin de la défense, a mentionné quant au risque que comportait l'opération ou l'absence d'opération. Son témoignage a presque uniquement porté sur les soins postopératoires et sur la question de savoir s'il était possible d'opérer à nouveau. Il a dit que ce n'était pas possible. Cependant, comme je l'ai dit plus tôt, les soins postopératoires ne sont pas en litige devant cette Cour.) De plus, le défendeur a situé la réalisation de ce risque au cours des années suivantes et non pas immédiatement. De fait, lorsqu'on lui a demandé en contre-interrogatoire s'il avait dit au patient que l'opération comportait le risque d'un accident cérébro-vasculaire il a répondu [TRADUCTION] «Je n'ai pas dit cela précisément». C'est certainement un cas où un juge de première instance, ici un juge expérimenté, est mieux placé qu'une cour d'appel ou que cette Cour pour décider quels témoignages accepter et quelles conclusions en tirer.

Dans les passages précités des motifs du juge Brooke, qui a exprimé l'opinion majoritaire de la Cour d'appel, on trouve deux façons d'aborder la question cruciale de savoir si le défendeur a prévenu le demandeur du risque d'accident cérébro-vasculaire que comportait l'opération même. Dans le premier passage cité, le savant juge d'appel a considéré la conclusion du juge de première instance sur cette question comme une conclusion que le demandeur n'a pas été mis au courant de ce risque. C'est nettement une bonne appréciation de la conclusion du juge de première instance. Toutefois, le juge Brooke poursuit son examen de l'affaire et de la preuve comme s'il y avait eu une divulgation partielle, bien qu'insuffisante, du risque particulier, ce qui l'a amené à évaluer les statistiques mentionnées par le juge de première instance et à critiquer leur utilisation. Dans le second passage cité des motifs du juge Brooke où il

of the trial judge that there was no disclosure of the risks inherent in the surgery itself. In my opinion, there was a failure by the Court of Appeal to address this point directly. In the light of the defendant's own evidence that there was a failure on his part to disclose the risk, even though the plaintiff himself raised the question of the risks he faced on the operating table, I do not see how there could be any doubt of a breach in this respect of the duty of disclosure.

Indeed, the reasons of the Court of Appeal in another passage, which I have not hitherto quoted, appear to support the trial judge's finding that there was no proper disclosure by the defendant of the risk of the surgery itself. Brooke J.A. said this on the question:

> He [the defendant] did not specifically discuss the questions of death or paralysis as risks of the surgery, his explanation being that he believed the patient was aware of the risk because of questions that he asked when the surgery was being discussed. It was his view that no further detail was necessary.

In this respect then, there would seem to be concurrent findings of fact against the defendant on a central point in case.

There were a number of relevant considerations informing the findings of the trial judge, about which there was no dispute. First, there was no emergency making surgery imperative. There was no noticeable neurological deficit. The defendant himself placed the risk of a stroke as one off in the future, four to five years. Any immediate risk would be from the surgery and not from foregoing it. Moreover, it must have been obvious to the defendant that the plaintiff had some difficulty with the English language and that he should, therefore, have made certain that he was understood. Finally, there was no evidence that the plaintiff was emotionally taut or unable to accept disclosure of the grave risk to which he would be exposed by submitting to surgery. I do not see in the reasons of the majority of the Court of Appeal any evidentiary basis for challenging the findings of the trial judge on the defendant's breach of the

examine les statistiques, il ne tient pas compte de la conclusion du juge de première instance portant qu'il n'y a pas eu divulgation des risques que comportait l'opération elle-même. A mon avis, la Cour d'appel a omis d'examiner cette question directement. Compte tenu du propre témoignage du défendeur qu'il n'a pas divulgué le risque, même si le demandeur a lui-même soulevé la question des risques qu'il courait sur la table d'opération, il est à mon sens indubitable qu'il y a eu manquement à cet égard au devoir de divulguer.

En fait, les motifs de la Cour d'appel dans un autre passage, que je n'ai pas encore cité, appuient la conclusion du juge de première instance que le défendeur n'a pas divulgué adéquatement le risque que comportait l'opération elle-même. Voici ce qu'a dit le juge Brook sur cette question:

> [TRADUCTION] Il [le défendeur] n'a pas parlé spécifiquement des questions de décès ou de paralysie en tant que risques que comportait l'opération; il a expliqué qu'il croyait que le patient était conscient du risque compte tenu des questions qu'il avait posées lorsqu'ils ont parlé de l'opération. Il était d'opinion qu'aucun détail supplémentaire n'était nécessaire.

Il semble donc y avoir à cet égard des conclusions de fait concordantes contre le défendeur sur une question principale en litige.

Plusieurs considérations pertinentes qui motivent les conclusions du juge de première instance n'ont pas été contestées. Tout d'abord, aucune urgence ne rendait l'opération obligatoire. On n'a remarqué aucun déficit neurologique. Le défendeur lui-même reportait à quatre ou cinq ans le risque d'un accident cérébro-vasculaire. Tout risque immédiat découlerait de l'opération et non du refus de la subir. De plus, il devait être évident pour le défendeur que le demandeur éprouvait certaines difficultés en anglais et qu'il devait donc s'assurer qu'il était compris. Finalement, aucune preuve n'indiquait que le demandeur était tendu émotivement ou qu'il était incapable d'accepter la divulgation du risque sérieux auquel il s'exposait en subissant l'opération. À mon avis, les motifs de la majorité de la Cour d'appel ne s'appuient sur aucun élément de preuve qui permette de modifier les conclusions du juge de première instance sur le

duty of disclosure. Of course, the medical evidence was relevant to what that duty entailed but, that said, it was for the trier of fact to determine the scope of the duty and to decide whether there had been a breach of the duty. As I have already said, the so-called statistical data used by the trial judge did not affect the grounds upon which he made his critical findings. The Court of Appeal held, however, that the trial judge did not examine the issue of causation with the necessary care that this issue required. He did not ignore it, even if he might have gone into it at greater length. The question that remains, therefore, is whether this was a sufficient basis upon which to direct a new trial.

6. Causation

Relevant in this case to the issue whether a reasonable person in the plaintiff's position would have declined surgery at the particular time is the fact that he was within about one and one-half years of earning pension benefits if he continued at his job; that there was no neurological deficit then apparent; that there was no immediate emergency making the surgery imperative; that there was a grave risk of a stroke or worse during or as a result of the operation, while the risk of a stroke without it was in the future, with no precise time fixed or which could be fixed except as a guess of three or more years ahead. Since, on the trial judge's finding, the plaintiff was under the mistaken impression, as a result of the defendant's breach of the duty of disclosure, that the surgery would relieve his continuing headaches, this would in the opinion of a reasonable person in the plaintiff's position, also weigh against submitting to the surgery at the particular time.

In my opinion, a reasonable person in the plaintiff's position would, on a balance of probabilities, have opted against the surgery rather than undergoing it at the particular time.

Conclusion

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the

manquement du défendeur au devoir de divulguer. Bien sûr, la preuve médicale est pertinente sur ce que ce devoir comporte, mais, ceci dit, il appartient à l'arbitre des faits d'en fixer la portée et de décider s'il y a eu manquement à ce devoir. Comme je l'ai déjà dit, les prétendues données statistiques utilisées par le juge de première instance n'ont pas eu d'incidence sur les motifs qui ont servi de fondement à ses conclusions décisives. La Cour d'appel a toutefois conclu que le juge de première instance n'avait pas accordé l'attention nécessaire à la question de la causalité. Il ne l'a pas laissée de côté, même s'il eut été préférable qu'il l'examine plus attentivement. La question demeure donc de savoir si cela constitue un fondement suffisant pour ordonner un nouveau procès.

6. La causalité

En l'espèce, les points suivants sont pertinents à la question de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait refusé de subir l'opération à ce moment particulier: s'il avait conservé son emploi pendant encore un an et demi environ, il aurait acquis le droit à une pension; il n'y avait pas de déficit neurologique alors apparent; aucune urgence directe ne rendait l'opération obligatoire; l'opération comportait un risque sérieux d'accident cérébro-vasculaire ou un risque plus grave, alors qu'en l'absence d'opération, il s'agissait d'un risque futur, incertain dans le temps ou que l'on pouvait fixer de façon aléatoire à trois ans ou davantage. Puisque, selon la conclusion du juge de première instance, le demandeur était sous la fausse impression, par suite du manquement du défendeur au devoir de divulguer, que l'opération aurait pour effet de soulager ses maux de tête persistants, cela constituerait, chez une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur, une raison de plus pour refuser de subir l'opération à ce moment particulier.

À mon avis, une personne raisonnable placée dans la situation du demandeur aurait, suivant la prépondérance des probabilités, choisi de ne pas subir l'opération à ce moment particulier.

La Conclusion

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de

judgment at trial. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Thomson, Rogers, Toronto.

Solicitors for the defendant, respondent: McCarthy & McCarthy, Toronto.

rétablir le jugement de première instance. L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs du demandeur, appelant: Thomson, Rogers, Toronto.

Procureurs du défendeur, intimé: McCarthy & McCarthy, Toronto.

The Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased (*Defendant*) *Appellant*;

and

Guaranty Trust Company of Canada (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

Edward Thomas Berry (*Defendant*).

1980: June 18; 1980: October 7.

Present: Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Estates — Practice — Writ of summons — Action brought by company in its corporate capacity against co-executor and itself in its representative capacity as one of the personal representatives of an estate — Executors removed after writ issued — Whether or not the action was a nullity — If the writ of summons was irregular, whether or not the defect had been cured by the order removing the executors and trustees, including the company, and appointing the Public Trustee in their stead — Rules of Practice of the Supreme Court of Ontario, Rules 124 and 186 — The Trustee Act, R.S.O. 1970, c. 470, ss. 38(2), 50(1).

An action was brought by Guaranty Trust, in its corporate capacity, in May 1975, against Guaranty Trust and Edward T. Berry as executors and trustees of the estate of James W. Berry, and Edward T. Berry, two of its former officers. The wrongful conduct of the Berrys as officers of the company had given rise to Guaranty Trust's cause of action and was unknown to Guaranty Trust when letters probate were granted in September 1970. On Guaranty Trust's application for removal as executor and trustee, Maloney J., in June 1977, ordered the removal of both Guaranty Trust and Edward T. Berry and appointed the Public Trustee in their stead. Edward T. Berry, who was also the principal beneficiary of the will, unsuccessfuly appealed that order to the Court of Appeal.

The proceedings on this appeal originated by an application to the Supreme Court of Ontario for its direction concerning certain questions arising under the pleadings.

This appeal was from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying the judgment at trial and

Le fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Guaranty Trust Company of Canada (*Demanderesse*) *Intimée*;

et

Edward Thomas Berry (*Défendeur*).

1980: 18 juin; 1980: 7 octobre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Successions — Pratique — Bref d'assignation — Action intentée par la compagnie en cette qualité contre un coexécuteur et elle-même en sa qualité de représentante en tant que représentants personnels d'une succession — Retrait des exécuteurs après la délivrance du bref — Action entachée ou non de nullité — Si le bref d'assignation est irrégulier, le vice a-t-il été corrigé par l'ordonnance de retrait des exécuteurs et fiduciaires, y compris la compagnie, et la nomination du fiduciaire public à leur place? — Règles de pratique de la Cour suprême de l'Ontario, règles 124 et 186 — The Trustee Act, R.S.O. 1970, chap. 470, art. 38(2), 50(1).

Une action a été intentée par Guaranty Trust en mai 1975, en sa qualité de compagnie, contre Guaranty Trust et Edward T. Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de James W. Berry, et Edward T. Berry, deux de ses anciens administrateurs. La conduite préjudiciable des Berry comme administrateurs de la compagnie a donné lieu à la cause d'action de Guaranty Trust qui n'était pas au courant quand les lettres de vérification ont été délivrées en septembre 1970. Sur requête de Guaranty Trust en renonciation à la charge d'exécuteur et de fiduciaire, le juge Maloney en juin 1977 a ordonné le retrait de Guaranty Trust et d'Edward T. Berry et a nommé le Fiduciaire public pour agir à leur place. Edward T. Berry qui est aussi un bénéficiaire principal du testament a interjeté en vain un appel de cette ordonnance à la Cour d'appel.

Les procédures dans cette affaire ont commencé par une requête à la Cour suprême de l'Ontario pour obtenir ses directives concernant certaines questions que soulèvent les procédures écrites.

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié le jugement rendu en première

concluding that the writ of summons was not a nullity but rather suffered from an irregularity cured by the order appointing the Public Trustee as executor and trustee.

Held (Ritchie J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: The trust company could not sue itself, but having done so, the result was still not a nullity but an irregularity that could be rectified by the substitution of the Public Trustee for the executors named in the writ and to whom letters probate had been issued. No authority was cited where the issuance of a writ in these circumstances was a nullity.

The twin doctrines of merger and retainer did not cause the trust company's claims against the estate to merge or otherwise become extinguished on its acceptance of letters probate or with the issuance of the writ of summons. Retainer only operated in respect of ascertained debts or damages. The executor could not exercise his right of retainer in respect of the claims in issue because they were not susceptible of precise measurement. As to the doctrine of merger, the statutory scheme in *The Trustee Act* that a personal representative's claims in a broad sense be treated on the same footing as any other claim against the estate was inconsistent with the notion that the personal representative's claims were extinguished from the commencement of his administration. To this extent, the doctrine of merger was repealed by statute and the concept of retainer that had evolved to avoid it became unnecessary.

The trust company did not have to remove itself as executor as a condition precedent to the issuance of the writ by the trust company against the personal representative of the estate despite the principle that a trustee cannot allow himself to be put into a situation where his personal interest conflicts with his duty. The executor did not seek to profit from his position at the expense of the beneficiaries but simply moved to realize a claim unknown to it when the deceased died or when probate was granted. It would be grossly unjust to hold that the trust company's action against the successor trustee was barred, especially when the deceased knew of his misconduct. No authority required the Court to arrive at that unjust solution.

Per Ritchie J., *dissenting*: A writ of summons issued by a plaintiff naming himself alone as defendant could not be regarded as the commencement of legal action. It

instance et a conclu que le bref d'assignation n'était pas nul mais qu'il était plutôt entaché d'une irrégularité corrigée par l'ordonnance qui a nommé le Fiduciaire public comme exécuteur et fiduciaire.

Arrêt (le juge Ritchie est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard: La compagnie de fiducie ne pouvait intenter une action contre elle-même, mais l'ayant fait, il n'en résulte toutefois pas une nullité, mais une irrégularité qui peut être corrigée par la substitution du Fiduciaire public aux exécuteurs nommés dans le bref et auxquels des lettres de vérification ont été accordées. Aucune jurisprudence n'a été citée portant que la délivrance d'un bref dans ces circonstances constitue une nullité.

La double doctrine de la confusion et de la rétention n'a pas entraîné la confusion des réclamations de la compagnie de fiducie contre la succession ni leur extinction lorsque les lettres de vérification ont été acceptées ou le bref d'assignation délivré. Le droit de rétention ne s'applique qu'à l'égard de créances ou de dommages-intérêts déterminés. L'exécuteur ne peut exercer son droit de rétention relativement à des réclamations en litige parce qu'elles ne peuvent être fixées avec précision. Quant à la doctrine de la confusion, l'économie de *The Trustee Act* que les réclamations d'un représentant personnel au sens large sont assimilées aux autres réclamations contre une succession est incompatible avec l'idée que les réclamations d'un représentant personnel s'éteignent dès qu'il commence son administration. Dans cette mesure, la doctrine de la confusion a été abolie par la Loi et le concept de la rétention qu'on avait élaboré pour l'éviter n'est plus nécessaire.

La compagnie fiduciaire n'avait pas à cesser d'agir comme exécutrice avant de délivrer le bref d'assignation au représentant personnel de la succession malgré le principe qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation où son intérêt personnel entre en conflit avec ses obligations. L'exécuteur n'a pas essayé de profiter de sa situation aux dépens des bénéficiaires, mais veut simplement faire valoir une réclamation dont il ignorait l'existence au moment du décès du défunt et de la délivrance des lettres de vérification. Il serait extrêmement injuste d'opposer une fin de non-recevoir à l'action de la compagnie de fiducie contre le fiduciaire de la succession, surtout que le défunt connaissait sa conduite préjudiciable. Aucun précédent n'impose à la Cour d'en arriver à cette solution injuste.

Le juge Ritchie, *dissident*: Un bref d'assignation lancé par un demandeur, dans lequel il se désigne comme défendeur, ne peut être considéré comme introductif

would be on its face incapable of maturing into a judgment, still-born before any consequences could flow from its existence. The fact that a plaintiff may have had a dual capacity by reason of its appointment as an executor and trustee and that its suit was instituted against itself in the latter capacity would not extend any validity to its cause of action.

The defect occasioned by the attempt on the part of the trust company to sue itself was a fundamental one resulting in the proceeding never having started. This result flowed from two circumstances.

(1) The origins of the doctrine of retainer illustrated the inability of a personal representative to sue the estate that he was bound to administer. No authority cited supported the proposition that an executor was capable of suing himself for an unliquidated claim, and more particularly, that an executor could bring an action against himself or itself for "fraudulent breaches of trust" on the part of the deceased whose estate he was representing.

(2) The final circumstance fatal to the writ's validity was that it was issued before the trust company had removed itself from the position of executor. The trust company adopted a position in which its duty to the estate was in conflict with its own interest; a trustee could not place itself in such a position.

The proceedings, adopted to cure the defect in the writ of summons, were instituted on the assumption that the defect was a mere procedural irregularity as contemplated by Rule 186 of the Ontario Rules of Practice.

After the appointment of the Public Trustee as executor, there was no impediment to that functionary being sued by Guaranty Trust in a new action, subject to any limitation periods that may have run. The operation of the concepts underlying retainer did not extinguish any claim of Guaranty Trust against the estate upon its accepting probate.

[*Martin v. Martin*, [1937] O.W.N. 444; *In re Phillips*, [1931] W.N. 271; *Woodward v. Darcy* (1555), 1 Plowd. 184, 75 E.R. 282; *Attorney-General v. Jackson*, [1932] A.C. 365; *Kline v. Kline* (1871), 3 Chamb. Rep. 161; *Loane v. Casey* (1775), 96 E.R. 569; *Vyse v. Foster* (1874), L.R. 7 H.L. 318; *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan v. Westminster Bank Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 460; *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon*, [1963] 1 Ch. 502; *Ryan v. Charlesworth*, [1930] S.C.R. 427, referred to.]

d'une action en justice. Manifestement, il ne peut engendrer qu'un jugement mort-né avant même que des conséquences puissent découler de son existence. Le fait qu'un demandeur puisse avoir une double qualité en raison de sa nomination comme exécuteur et fiduciaire et qu'il intente une action contre lui-même en cette qualité ne valide pas davantage son droit d'action.

Le vice qu'a créé la tentative de la compagnie de fiducie de se poursuivre elle-même est fondamental de sorte que la procédure n'a jamais été entamée. Ce résultat découle de deux circonstances:

1) Les origines de la doctrine de la rétention illustrent l'inhabilité d'un représentant personnel d'intenter une action contre la succession qu'il doit administrer. Aucun arrêt cité n'appuie la proposition qu'un exécuteur peut se poursuivre pour une créance d'un montant indéterminé et, en particulier, qu'un exécuteur peut introduire une action contre lui-même pour «une violation frauduleuse de fiducie» de la part du défunt dont il administre la succession.

2) Finalement, l'élément qui porte un coup fatal à la validité du bref d'assignation est qu'il a été délivré avant que la compagnie de fiducie renonce à sa charge d'exécuteur. La compagnie de fiducie a pris une position qui crée un conflit entre ses obligations envers la succession et ses propres intérêts. Un fiduciaire ne peut se mettre dans une telle situation.

La procédure que l'on a suivie pour corriger le vice du bref d'assignation est fondée sur l'hypothèse que le vice était une simple irrégularité visée par la règle 186 des Ontario Rules of Practice.

Après la nomination du Fiduciaire public comme exécuteur, rien ne s'opposait à ce que Guaranty Trust intente une nouvelle action contre ce fonctionnaire, sous réserve des délais de prescription. Vu les principes sous-jacents de la doctrine de la rétention, les créances de Guaranty Trust contre la succession n'ont pas été éteintes lorsqu'elle a accepté les lettres de vérification.

[Jurisprudence: *Martin v. Martin*, [1937] O.W.N. 444; *In re Phillips*, [1931] W.N. 271; *Woodward v. Darcy* (1555), 1 Plowd. 184, 75 E.R. 282; *Attorney-General v. Jackson*, [1932] A.C. 365; *Kline v. Kline* (1871), 3 Chamb. Rep. 161; *Loane v. Casey* (1775), 96 E.R. 569; *Vyse v. Foster* (1874), L.R. 7 H.L. 318; *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan v. Westminster Bank Ltd.*, [1949] 1 All E.R. 460; *Vachon c. Procureur général de la province de Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon*, [1963] 1 Ch. 502; *Ryan c. Charlesworth*, [1930] R.C.S. 427.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], varying the judgment in the first instance. Appeal dismissed, Ritchie J. dissenting.

J. E. Sexton, Q.C., and *Andrew J. Pirie*, for the defendant, appellant.

D. C. McTavish and *Mary A. Porjes*, for the plaintiff, respondent.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)— This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario varying the judgment rendered in the first instance by Mr. Justice Henry and concluding that the action initially brought by Guaranty Trust Company of Canada against the Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the estate of James Wilson Berry was not a nullity as Mr. Justice Henry had found but rather no more than an irregularity which had been cured by an order granted by Mr. Justice Maloney whereby the Public Trustee was appointed trustee of the said estate of James Wilson Berry in the place and stead of the two executors and trustees appointed under the terms of his will.

This action was brought by the Guaranty Trust Company of Canada for damages allegedly suffered by it as a result of the wrongful conduct of James Wilson Berry and Edward Thomas Berry who were two of its former officers and who allegedly concealed income of the trust company that should have been included in tax returns, as a result of which the company allegedly incurred loss by way of interest and penalties under the *Income Tax Act*. The plaintiff alleges as alternate grounds of the action fraudulent breach of trust, breach of fiduciary duty or breach of contract of employment on the part of the two Berrys. As I have indicated, the action is brought against the trustees of the estate of the late James Wilson Berry and against Edward Thomas Berry in his personal capacity. The plaintiff's original pleading claimed that it had suffered damages amounting

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 634.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a modifié un jugement de première instance. Pourvoi rejeté, le juge Ritchie étant dissident.

J. E. Sexton, c.r., et *Andrew J. Pirie*, pour le défendeur, appelant.

D. C. McTavish et *Mary A. Porjes*, pour la demanderesse, intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a modifié le jugement rendu en première instance par le juge Henry et a conclu que l'action initialement intentée par Guaranty Trust Company of Canada contre Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de James Wilson Berry, n'était pas nulle comme l'avait jugée le juge Henry. La Cour d'appel a décidé qu'elle était plutôt entachée d'une irrégularité qu'a corrigée une ordonnance du juge Maloney qui a nommé le Fiduciaire public fiduciaire de la succession de James Wilson Berry à la place des deux exécuteurs et fiduciaires nommés aux termes de son testament.

Guaranty Trust Company of Canada a intenté cette action pour recouvrer les dommages qu'elle aurait subis en raison de la conduite préjudiciable de James Wilson Berry et Edward Thomas Berry, deux de ses anciens administrateurs, qui auraient dissimulé des revenus que la compagnie de fiducie aurait dû inclure dans ses déclarations d'impôt, ce qui l'aurait exposée à des pertes à cause de l'intérêt et des pénalités dus en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La demanderesse allègue comme moyens subsidiaires à son action, la violation frauduleuse de fiducie, les manquements à des devoirs fiduciaires ou la violation d'un contrat de travail de la part des deux Berry. Comme je l'ai mentionné, l'action est intentée contre les fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry et contre Edward Thomas Berry en sa qualité personnelle. Dans sa déclaration initiale, la demanderesse

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 634.

to $2,000,000 as a result of the actions of the two Berrys above referred to.

The following are the questions submitted for the advice and direction of the Court:

1. Was the Writ of Summons as issued on the 15th of May, 1975, commencing action number 3259 of 1975, wherein Guaranty Trust Company of Canada was Plaintiff and Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the Estate of James Wilson Berry, deceased, and Edward Thomas Berry were Defendants, a nullity?
2. Was the said Writ of Summons irregular?
3. If the said Writ of Summons was irregular, was this irregularity cured by the Orders of Mr. Justice Maloney dated the 21st day of June, 1977 and Master Garfield dated the 14th day of February, 1978?
4. Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against the Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased?
5. Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against Edward Thomas Berry?

The answers to these questions given at trial and on appeal may be summarized as follows:

	Trial Judge	Court of Appeal
1.	Yes	No
2.	No answer required	Yes
3.	No answer required	Yes
4.	No	Yes
5.	Yes	Yes

It is I think elementary to state that a writ of summons issued by a plaintiff naming himself or itself alone as defendant cannot be regarded as the commencement of a legal action. It is on its face incapable of maturing into a judgment and is consequently of no effect. The fact that the plaintiff has caused such a document to originate does not give it any legal life; it is still-born before any consequences can flow from its existence which is and remains limited to its character as a piece of paper. In my opinion the fact that a plaintiff may

a prétendu que les agissements des deux Berry lui ont causé des dommages s'élevant à $2,000,000.

Voici les questions présentées à la Cour pour avis et directives:

[TRADUCTION]

1. Le bref d'assignation délivré le 15 mai 1975, par lequel a été engagée l'action numéro 3259 de 1975, dans laquelle Guaranty Trust Company of Canada est demanderesse et Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry sont défendeurs, est-il nul?
2. Le bref d'assignation est-il entaché d'irrégularités?
3. Si le bref d'assignation est entaché d'irrégularités, les ordonnances du juge Maloney en date du 21 juin 1977 et du Master Garfield en date du 14 février 1978 peuvent-elles y remédier?
4. Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre le Fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry?
5. Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre Edward Thomas Berry?

On peut résumer comme suit les réponses données à ces questions en première instance et en appel:

	Juge de première instance	Cour d'appel
1.	Oui	Non
2.	Aucune réponse n'est nécessaire	Oui
3.	Aucune réponse n'est nécessaire	Oui
4.	Non	Oui
5.	Oui	Oui

Il est élémentaire, je crois, de dire qu'un bref d'assignation lancé par un demandeur, dans lequel il se désigne lui-même comme défendeur, ne peut être considéré comme introductif d'une action en justice. Manifestement, il ne peut engendrer un jugement et est donc sans effet. Le fait que la demanderesse soit à l'origine d'un tel acte ne lui donne pas de vie juridique; avant même que des conséquences puissent découler de son existence, il est mort-né et n'est et ne demeure qu'un simple morceau de papier. A mon avis, le fait qu'un

have a dual capacity by reason of its appointment as an executor and trustee and that its suit is instituted against itself in the latter capacity does not extend any validity to its cause of action.

In the present case Guaranty Trust shared its role as executor and trustee with the brother of the deceased, but in my view this factor cannot be taken as initiating a cause of action by the trust company against itself.

There was in the present case the added complicating factor that a valid cause of action did exist by the trust company againts its co-executor in his personal capacity and this is not questioned in the present proceedings.

It will be seen that in my view the writ of summons in the present case is a nullity in so far as it purports to commence an action by the trust company against itself, but it is contended that the form of the writ constitutes nothing more than an irregularity which can be cured and in this case was cured by an order of the Court. In my view, the proceedings adopted in this case in order to cure the defect in the writ of summons were instituted before Mr. Justice Maloney on the assumption that the defect was a mere irregularity. In this regard it appears to me to be self-evident that such a proceeding was regarded in the nature of an irregularity as contemplated by Rule 186 of the *Ontario Annual Practice* (which can be traced back to Order 70, Rule 1 of the *Rules of Practice* in the Supreme Court in England), and which reads as follows:

> 186. Non-compliance with the rules does not render the writ or any act or proceeding void, but the same may be set aside, either wholly or in part, as irregular, or may be amended, or otherwise dealt with, as seems just.

The history of this rule and the practice under it clearly indicate that it is designed to provide for the rectification of procedural irregularities and this is borne out by reference to what is said in *Archbold's Practice in the Queen's Bench Division* (14th ed.) at p. 445:

> It is difficult to define the distinction between an irregularity and a nullity. Where the proceeding adopted

demandeur puisse avoir une double qualité en raison de sa nomination comme exécuteur et fiduciaire et qu'il intente une action contre lui-même en cette qualité ne valide pas davantage son droit d'action.

En l'espèce, Guaranty Trust partageait son rôle d'exécuteur et de fiduciaire avec le frère du défunt, mais, a mon avis, on ne peut considérer que ce facteur lui permet d'intenter une action contre elle-même.

Une autre complication existe en l'espèce du fait que la compagnie de fiducie a un droit d'action valide contre son coexécuteur en sa qualité personnelle, ce qui n'est pas en cause dans les présentes procédures.

Nous verrons qu'à mon avis, le bref d'assignation en l'espèce est nul dans la mesure où la compagnie de fiducie vise à l'utiliser pour intenter une action contre elle-même, mais on allègue que la forme du bref ne présente qu'une simple irrégularité qui peut être corrigée comme elle l'a été en l'espèce par une ordonnance de la cour. A mon avis, la procédure que l'on a suivie en l'espèce devant le juge Maloney pour corriger le vice du bref d'assignation est fondée sur l'hypothèse que le vice était une simple irrégularité. A cet égard, il me paraît manifeste qu'une telle procédure a été considérée de la même nature qu'une irrégularité visée par la règle 186 de l'*Ontario Annual Practice* (qui tire son origine de l'ordonnance 70, règle 1 des Règles de pratique de la Cour suprême d'Angleterre), dont voici le texte:

> [TRADUCTION] 186. Le fait de ne pas se conformer aux règles ne rend pas le bref, l'acte ou la procédure nuls et sans effet mais ceux-ci peuvent être écartés en totalité ou en partie, pour irrégularité, ou être modifiés ou faire l'objet d'autres mesures, selon qu'il semble juste.

L'historique de cette règle et la pratique qui la sous-tend indiquent clairement qu'elle vise à assurer la correction des irrégularités de procédure, ce qui est confirmé par référence à ce qu'on peut lire dans *Archbold's Practice in the Queen's Bench Division* (14e éd.) à la p. 445:

> [TRADUCTION] Il est difficile de définir la distinction entre une irrégularité et une nullité. Lorsque la procé-

is that prescribed by the practice of the Court, and the error is merely in the manner of taking it, such an error is an irregularity, and may be waived by the laches or subsequent acts of the opposite party; but where the proceeding itself is altogether unwarranted, and different from that which, if any, ought to have been taken, then the proceeding in general is a nullity, and cannot be waived by any act of the party against whom it has been taken. Thus, an affidavit sworn before a person without authority to take it, is a nullity. A judgment entered up on a feigned issue as in an ordinary action was formerly a nullity. On the other hand, a pleading, dated on a day different from that on which it was delivered, cannot be treated as a nullity. A writ of execution sued out without obtaining leave for that purpose, after six years have elapsed from the time of signing the judgment, is not a nullity, though it may be set aside as irregular. Where a judge at chambers made an order to set aside a verdict, obtained under a writ of trial, on the ground of the insufficiency of the notice of trial, it was held that the order was not a nullity.

dure choisie est celle prévue par la pratique de la Cour, et que l'erreur ne porte que sur la façon de l'engager, une telle erreur est une irrégularité à laquelle, par son inaction ou ses actions subséquentes, la partie adverse peut acquiescer; mais lorsque la procédure elle-même est tout à fait interdite et différente de celle qui, le cas échéant, aurait dû être engagée, alors, en général la procédure est nulle et la partie contre laquelle elle a été engagée ne peut d'aucune façon y acquiescer. Ainsi, un affidavit signé devant une personne non autorisée à recevoir les serments est nul. Le jugement rendu sur une question théorique comme si c'était une action ordinaire était autrefois nul. Par ailleurs, une procédure écrite portant une date différente de celle où elle a été déposée ne peut être considérée comme nulle. Un bref d'exécution, obtenu sans l'autorisation préalable à cette fin six ans après la signature du jugement, n'est pas nul, bien qu'il puisse être annulé pour irrégularité. Il a été jugé qu'une ordonnance d'un juge en chambre annulant un verdict prononcé suite à une ordonnance de renvoi à procès pour le motif d'insuffisance de l'avis d'audition n'était pas nulle.

The limitations necessarily inherent in the application of Order 70 and similarly Ontario Rule 186, are described by Upjohn L.J. in *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon and Others*[2] at pp. 523-4 where it is said:

Les limites nécessairement inhérentes à l'application de l'ordonnance 70, et partant de la règle 186 de l'Ontario, sont décrites par le lord juge Upjohn dans *In re Pritchard, decd. Pritchard v. Deacon and Others*[2] aux pp. 523 et 524, où il dit:

The authorities do establish one or two classes of nullity such as the following. There may be others, though for my part I would be reluctant to see much extension of the classes. (i) Proceedings which ought to have been served but have never come to the notice of the defendant at all. This, of course, does not include cases of substituted service, or service by filing in default, or cases where service has properly been dispended with: see, for example, *Whitehead v. Whitehead (orse. Vasbar)* [1962] 3 W.L.R. 884; [1962] 3 All E.R. 800, C.A. (ii) Proceedings which have never started at all owing to some fundamental defect in issuing the proceedings. (iii) Proceedings which appear to be duly issued but fail to comply with a statutory requirement: see, for example, *Finnegan* v. *Cementation Co. Ltd.* [1953] 1 Q.B. 688.

[TRADUCTION] La jurisprudence établit une ou deux catégories de nullité telles les suivantes. Il peut en exister d'autres, bien que personnellement j'hésiterais beaucoup à les étendre. (i) Les procédures qui auraient dû être signifiées, mais dont le défendeur n'a jamais reçu avis. Cela ne comprend pas bien sûr les cas de signification indirecte, de requête par défaut ou les cas où il y a eu dispense de signification: voir par exemple: *Whitehead* v. *Whitehead*, (*orse. Vasbar*) [1962] 3 W.L.R. 884; [1962] 3 All E.R. 800, C.A. (ii) Les procédures qui n'ont jamais commencé en raison d'un vice fondamental dans les formalités. (iii) Les procédures qui semblent être dûment engagées mais qui ne respectent pas une exigence de la loi: voir par exemple: *Finnegan* v. *Cementation Co. Ltd.*, [1953] 1 Q.B. 688.

In my view the defect occasioned by the attempt on the part of the trust company to sue itself was a fundamental one resulting in the proceeding never having been started and this result flows from the following circumstances:

A mon avis, le vice qu'a créé la tentative de la compagnie de fiducie de se poursuivre elle-même est fondamental de sorte que la procédure n'a jamais été entamée; ce résultat découle des circonstances suivantes:

[2] [1963] 1 Ch. 502.

[2] [1963] 1 Ch. 502.

(1) The inability of a personal representative to sue the estate which he is bound to administer is well illustrated by a consideration of the common law origins of the doctrine of retainer which was long accepted as affording the executor, in the administration of the estate, the right to retain the amount of liquidated debts owing to him by the estate because he was otherwise debarred from bringing an action against himself in his capacity as executor. In this regard the following paragraph from Williams and Mortimer on *Executors, Administrators and Probate*, at p. 703 is self-explanatory:

> The real foundation of the right to retain is the inability of the personal representative to sue himself. In cases of deaths before 1926 a judgment creditor, where the estate was being administered out of court, had priority to specialty and simple contract creditors. A creditor by suing a personal representative might get priority by jugment obtained. But a personal representative being incapable of suing himself, could not obtain priority as a judgment creditor. It was in consequence of this hardship that the right of retainer arose.

In so far as I have been able to ascertain, none of the cases cited on behalf of the trust company is authority for the proposition that an executor is capable of suing himself for an unliquidated claim and more particularly I can find no authority to support the contention that an executor can bring an action against himself or itself for "fraudulent breaches of trust" on the part of the deceased whose estate he is representing.

(2) The final circumstance which is in my opinion fatal to the validity of the writ issued in this case is that it was issued before the trust company had removed itself from the position of executor and the writ accordingly constituted a manifestation of it having adopted a position in which its duty to the estate was in conflict with its own interests and was thus a breach of trust. It is an inflexible rule of trust that a trustee cannot place itself in a position where its duty and interest conflict, as is pointed out in *Bray v. Ford*[3].

[3] [1896] A.C. 44.

(1) L'inhabilité d'un représentant personnel d'intenter une action contre la succession qu'il doit administrer est bien illustrée par un examen des origines de la doctrine de la rétention en *common law*. Il est depuis longtemps admis qu'elle permet à l'exécuteur, qui administre la succession, de retenir le montant des dettes déterminées que lui doit la succession puisqu'il est par ailleurs dans l'impossibilité d'engager une action contre lui-même en sa qualité d'exécuteur. A cet égard, l'alinéa suivant extrait de Williams and Mortimer on *Executors, Administrators and Probate*, à la p. 703 se passe d'explication:

> [TRADUCTION] Le fondement réel du droit de rétention est l'inhabilité du représentant personnel d'engager une action contre lui-même. Pour les décès antérieurs à 1926, lorsque la succession était administrée à l'amiable, un créancier par jugement avait priorité sur les créanciers en vertu d'un contrat solennel et les créanciers chirographaires. En intentant une action contre le représentant personnel, un créancier pouvait obtenir priorité aux termes du jugement. Mais, étant incapable de se poursuivre lui-même, un représentant personnel ne pouvait obtenir priorité à ce titre. C'est en raison de cette inéquité que le droit de rétention est né.

Selon ce que j'ai pu vérifier, aucun des arrêts cités au nom de la compagnie de fiducie ne fait autorité pour la proposition qu'un exécuteur peut se poursuivre lui-même pour une créance d'un montant indéterminé et, en particulier, aucun arrêt n'appuie la prétention qu'un exécuteur peut introduire une action contre lui-même pour «une violation frauduleuse de fiducie» de la part du défunt dont il administre la succession.

(2) Finalement, l'élément qui à mon avis porte un coup fatal à la validité du bref d'assignation délivré en l'espèce est qu'il a été délivré avant que la compagnie de fiducie renonce à sa charge d'exécuteur. Par conséquent, il ressort du bref qu'elle a pris une position qui créé un conflit entre ses obligations envers la succession et ses propres intérêts et constitue donc une violation de fiducie. C'est une règle inflexible de fiducie qu'un fiduciaire ne peut se mettre dans une situation où il y a conflit entre ses obligations de fiduciaire et ses intérêts personnels, comme le souligne l'arrêt *Bray v. Ford*[3].

[3] [1896] A.C. 44.

Like my brother Estey, whose reasons I have had the advantage of reading, I agree that after the appointment of the Public Trustee had been ordered by Mr. Justice Maloney there was no impediment to that functionary being sued by Guaranty Trust Company in a new action, subject to any limitation periods that may have run. It appears that the courts below have treated the case as if question four asked if a new action could be commenced after the writ was declared a nullity, and I propose to do the same. The Public Trustee claims that upon accepting probate, any claim Guarantee Trust had against the estate was extinguished, and to support this claim it points to the concepts underlying the doctrine of retainer. However, as is made clear in *Kline v. Kline*[4] at p. 170, an executor's claim was only extinguished if it were for a liquidated amount and the executor possessed sufficient assets of the debtor to satisfy the debt. Duff J., speaking for this Court, agreed with that proposition in *Ryan v. Charlesworth*[5] at p. 432:

First, Mr. McCarthy's principal contention was that the respondent's claims against the estate of Peter Ryan were extinguished by operation of law upon the grant of letters of administration followed by the acquisition of assets by her as administratix. This, I think, is completely answered by the judgment of Lindley M.R., in *In re Rhoades* [1899] 2 Q.B., 347, at pp. 352, 353:

> The older common law authorities go far to shew that if an executor was a creditor of his deceased testator and had assets in his hands sufficient to pay his debt (and all others of a higher degree, if any) such debt was treated as extinguished. Sufficient assets to pay his own debt and properly applicable thereto being in the executor's hands, such assets were treated without more as applied by him to such payment. Blackstone says so distinctly. His words are (Bl. Com. by Kerr, 4th ed., vol. iii, p. 18): "So much as is sufficient to answer his own demand is, by operation of law, applied to that particular purpose."

[4] (1871), 3 Chamb. Rep. 161.
[5] [1930] S.C.R. 427.

Tout comme mon collègue le juge Estey, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, je reconnais qu'après l'ordonnance de nomination du Fiduciaire public par le juge Maloney, rien ne s'opposait à ce que Guaranty Trust Company intente une nouvelle action contre ce fonctionnaire, sous réserve des délais de prescription. Les cours d'instance inférieure ont apparemment abordé l'affaire comme si la question quatre demandait si une nouvelle action pouvait être intentée après que le bref a été déclaré nul et je vais faire de même. Le Fiduciaire public prétend que lorsque Guaranty Trust a accepté les lettres de vérification, toutes les créances qu'elle avait contre la succession se sont éteintes et il fonde cette prétention sur les principes sous-jacents de la doctrine de la rétention. Toutefois, comme on le dit clairement dans l'arrêt *Kline v. Kline*[4] à la p. 170, la réclamation de l'exécuteur ne s'éteint que si elle est d'un montant déterminé et si l'actif du débiteur, que l'exécuteur a en main, est suffisant pour satisfaire sa créance. Le juge Duff, parlant au nom de cette Cour, a accepté cette proposition dans l'arrêt *Ryan c. Charlesworth*[5] à la p. 432:

[TRADUCTION] Tout d'abord, selon la prétention principale de Me McCarthy, les réclamations de l'intimée contre la succession de Peter Ryan se sont éteintes par l'effet de la loi lorsque les lettres d'administration lui ont été délivrées et que l'actif lui a été confiée en qualité d'administratrice. A mon avis, le jugement du maître des rôles Lindley dans *In re Rhoades* [1899] 2 Q.B., 347, at pp. 352 et 353) répond complètement à cette prétention:

> L'ancienne jurisprudence de *common law* a beaucoup contribué à établir que si un exécuteur était créancier du testateur décédé et qu'il avait en main un actif suffisant pour satisfaire sa créance (et, le cas échéant, toutes les autres d'un rang supérieur), cette créance était considérée comme éteinte. Avec un actif suffisant pour satisfaire sa propre créance et utilisable à bon droit à cette fin, puisque l'exécuteur l'avait en main, on considérait tout simplement qu'il l'avait affecté à ce paiement. C'est ce que dit Blackstone en termes très clairs, savoir (Bl. Com. par Kerr, 4e éd., vol. iii, à la p. 18): «Le montant nécessaire pour

[4] (1871), 3 Chamb. Rep. 161.
[5] [1930] R.C.S. 427.

Plowden goes further, and says that the property in the assets is changed: See *Woodward v. Darcy* (1 Plowd. 184, at p. 186). But this can only be true if the assets spoken of can be identified and appropriated to the debt which they have satisfied, and this presupposes the exercise of the right in fact; and in the case in Plowden it had been so exercised: *See ibid.*, p. 184. [The learned judge then referred to the facts stated in the report of *Woodward v. Darcy* (1 Plowd. 184), and proceeded:—]

Until the executor does some act to shew which assets he retains, it is obvious that the property in them cannot be changed. This has been noticed before: See [1898] 1 Q.B. 286, and Wentworth's Office of Executor, cited in the margin of 1 Plowden, p. 185a. But it was settled that an executor sued by a creditor could give a retainer by himself in satisfaction of his own debt in evidence under a general plea of plene administravit, and that he need not plead a retainer specially: 1 Wm. Saunders, 333, n.6. The extent to which the doctrine that his debt was extinguished was carried is further illustrated by the cases collected in Williams on Executors, vol. ii, p. 1180, which shew that an executor, having assets sufficient and properly applicable to pay a debt due to him from his testator, could not sue the testator's heir nor any third person who might be liable with the testator for the debt in question.

There is nothing in this case to shew the existence of assets in the respondent's hands "sufficient and properly applicable to pay" the judgments acquired by her, and, therefore, it is quite clear that, putting the doctrine in the form most favourable to Mr. McCarthy, it has no application here.

As well, the remedy provided by retainer and subsequent extinction of the claim, which only applied in the case of a liquidated debt, is certainly not applicable here. No authority has been cited which leads to claims being extinguished outside the operation of the doctrine of retainer.

It will be seen that I am of opinion that the writ issued by Guaranty Trust Company of Canada against the Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the estate of James Wilson Berry deceased was a nullity although I take the view that the

satisfaire sa propre réclamation est, par l'effet de la loi, affecté à cette fin particulière.» Plowden va plus loin et dit qu'il s'opère un transfert de propriété de l'actif: voir *Woodward* v. *Darcy*. Mais il ne peut en être ainsi que si l'actif dont il est question peut être identifié et affecté à la créance qu'il sert à payer et cela présuppose l'exercice du droit en fait; dans l'affaire Plowden, ce droit avait été ainsi exercé: voir *ibid.*, à la p. 184. [Le savant juge mentionne ensuite les faits énoncés dans le recueil au sujet de *Woodward* v. *Darcy*, (1 Plowd. 184) et poursuit:—]

Jusqu'à ce que l'exécuteur démontre par ses actes quel élément de l'actif il a retenu, il est évident que la propriété ne peut en être transférée. Cela a déjà été souligné: Voir [1898] 1 Q.B. 286, et Wentworth's Office of Executor, cité dans la marge à, 1 Plowden, à la p. 185a. Mais il était établi qu'un exécuteur poursuivi par un créancier pouvait mettre en preuve dans son plaidoyer général de *plene administravit*, la rétention qu'il a exercée pour satisfaire sa propre créance, et qu'il n'a pas à plaider spécialement la rétention: 1 Wm. Saunders, 333, n° 6. La portée de la doctrine voulant que sa dette soit éteinte est en outre illustrée par la jurisprudence citée dans Williams on Executors, vol. ii, à la p. 1180, qui démontre qu'un exécuteur ayant un actif suffisant qu'il peut à bon droit affecter au paiement d'une dette que le testateur avait envers lui, ne pouvait poursuivre l'héritier du testateur ni aucun tiers qui pourrait être solidairement responsable de la dette en question avec le testateur.

Rien en l'espèce n'établit que l'intimée avait en main un actif «suffisant qu'il pouvait à bon droit affecter au paiement» du jugement qu'elle a obtenu, et il est donc tout à fait clair, même si l'on formule la doctrine de la façon la plus favorable à M^e^ McCarthy, qu'elle ne s'applique pas ici.

De même, le recours qu'offrent la rétention et l'extinction subséquente de la réclamation, qui ne s'appliquait que dans le cas d'une dette d'un montant déterminé, n'est certainement pas applicable ici. Aucune jurisprudence n'a été citée démontrant que des réclamations s'étaient éteintes sans que soit appliquée la doctrine de la rétention.

Je suis d'avis que le bref d'assignation délivré à Guaranty Trust Company of Canada contre Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry est nul, bien que je sois d'opinion que l'on ne

same considerations do not apply to the action brought against Edward Thomas Berry in his personal capacity and that accordingly I would answer the questions posed in this case as follows:

1. Yes.

2. No.

3. No answer required.

4. Yes.

5. Yes.

For all these reasons I would allow this appeal with costs to Edward Thomas Berry and the Public Trustee; the costs of the Public Trustee on a solicitor-client basis.

The judgment of Dickson, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—The proceedings in this appeal originated by an application under Rule 124 of the *Rules of Practice* of the Supreme Court of Ontario. The respondent trust company (hereinafter referred to as the "trust company") made application under the rule for the advice, opinion and direction of the Court on five questions arising under the pleadings. The essential portions of the agreed statement of facts are as follows:

1. James Wilson Berry appointed Guaranty Trust Company of Canada ("Guaranty Trust") and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees under his last Will and Testament dated October 2, 1969.
2. James Wilson Berry died on March 30, 1970.
3. Letters Probate were granted to the said Executors and Trustees on September 8, 1970.
4. Edward Thomas Berry is the principal beneficiary under the terms of the said Will.
5. Guaranty Trust as plaintiff caused this action to be commenced against Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees of the estate of James Wilson Berry, Deceased, and Edward Thomas Berry, as defendants, on May 15, 1975.
6. Pleadings have been delivered and are complete.

peut appliquer les mêmes considérations à l'action intentée contre Edward Thomas Berry en sa qualité personnelle et, par conséquent, je suis d'avis de répondre comme suit aux questions posées en l'espèce:

1. Oui.

2. Non.

3. Aucune réponse n'est nécessaire.

4. Oui.

5. Oui.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir ce pourvoi avec dépens en faveur d'Edward Thomas Berry et du Fiduciaire public; et d'accorder les dépens du Fiduciaire public comme entre avocat et client.

Version française du jugement des juges Dickson, Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE ESTEY—Les procédures dans cette affaire ont commencé par une requête présentée en vertu de la règle 124 des *Rules of Practice* de la Cour suprême de l'Ontario. La compagnie de fiducie intimée (ci-après appelée la «compagnie de fiducie») a présenté une requête en vertu de cette règle pour obtenir l'avis, l'opinion et les directives de la Cour sur cinq questions que soulèvent les procédures écrites. Voici la partie essentielle de l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION]

1. Par son dernier testament en date du 2 octobre 1969, James Wilson Berry a nommé Guaranty Trust Company of Canada ("Guaranty Trust") et Edward Thomas Berry exécuteurs et fiduciaires.
2. James Wilson Berry est décédé le 30 mars 1970.
3. Des lettres de vérification ont été délivrées aux exécuteurs et fiduciaires le 8 septembre 1970.
4. Edward Thomas Berry est le bénéficiaire principal aux termes du testament.
5. Guaranty Trust, demanderesse, a intenté cette action le 15 mai 1975 contre les défendeurs Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry.
6. Les procédures écrites ont été signifiées et sont complètes.

7. On April 13, 1977, Guaranty Trust moved this Court by way of originating notice for an Order permitting Guaranty Trust to retire as an Executor and Trustee of the estate of James Wilson Berry. On June 21, 1977, the Honourable Mr. Justice Maloney ordered the removal of both of Guaranty Trust and Edward Thomas Berry as Executors and Trustees of the said Estate, and appointed the Public Trustee to act in the place and stead of the said Executors and Trustees.
8. On July 7, 1977, Edward Thomas Berry appealed the said order to the Court of Appeal which appeal was dismissed on January 16, 1978.

After a hearing on these facts, Henry J. gave judgment wherein he answered the five questions in the manner set out below. The Court of Appeal (May 31, 1979) allowed the appeal from Henry J. (December 1, 1978) and answered the questions in the manner I set out below. The questions and answers are as follows:

(1) Was the Writ of Summons as issued on the 15th day of May, 1975, commencing action number 3259 of 1975, wherein Guaranty Trust Company of Canada was Plaintiff and Guaranty Trust Company of Canada and Edward Thomas Berry as executors and trustees of the Estate of James Wilson Berry, deceased, and Edward Thomas Berry were Defendants a nullity?

(2) Was the said Writ of Summons irregular?

(3) If the said Writ of Summons was irregular, was this irregularity cured by the Orders of Mr. Justice Maloney dated the 21st day of June, 1977 and Master Garfield dated the 14th day of February, 1978?

(4) Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against the Public Trustee, Trustee of the Estate of James Wilson Berry, deceased?

(5) Does Guaranty Trust Company of Canada have the capacity, power and right to maintain this action against Edward Thomas Berry?

	Trial Judge	Court of Appeal
(1)	yes	no
(2)	no answer required	yes
(3)	no answer required	yes
(4)	no	yes
(5)	yes	yes

7. Le 13 avril 1977, Guaranty Trust a demandé à cette cour, par avis introductif d'instance, une ordonnance qui permettrait à Guaranty Trust de renoncer à sa charge d'exécuteur et de fiduciaire de la succession de James Wilson Berry. Le 21 juin 1977, monsieur le juge Maloney a ordonné le retrait de Guaranty Trust et d'Edward Thomas Berry de leurs charges d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession, et a nommé le Fiduciaire public pour agir à leur place.
8. Le 7 juillet 1977, Edward Thomas Berry a interjeté appel de cette ordonnance à la Cour d'appel et son appel a été rejeté le 16 janvier 1978.

Après une audition fondée sur ces faits, le juge Henry a rendu un jugement dans lequel il a répondu aux cinq questions qui sont énoncées ci-dessous. La Cour d'appel (le 31 mai 1979) a accueilli l'appel formé contre le jugement du juge Henry (le 1er décembre 1978) et a répondu aux mêmes questions. Voici ces questions et ces réponses:

[TRADUCTION]

(1) Le bref d'assignation délivré le 15 mai 1975, par lequel a été engagée l'action numéro 3259 de 1975, dans laquelle Guaranty Trust Company of Canada est demanderesse et Guaranty Trust Company of Canada et Edward Thomas Berry, en leur qualité d'exécuteurs et de fiduciaires de la succession de feu James Wilson Berry, et Edward Thomas Berry sont défendeurs, est-il nul?

(2) Le bref d'assignation est-il entaché d'irrégularités?

(3) Si le bref d'assignation est entaché d'irrégularités, les ordonnances du juge Maloney en date du 21 juin 1977 et du Master Garfield en date du 14 février 1978 peuvent-elles y remédier?

(4) Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre le Fiduciaire public, fiduciaire de la succession de feu James Wilson Berry?

(5) Guaranty Trust Company of Canada a-t-elle la qualité, le pouvoir et le droit d'intenter cette action contre Edward Thomas Berry?

	Juge de première instance	Cour d'appel
(1)	oui	non
(2)	aucune réponse n'est nécessaire	oui
(3)	aucune réponse n'est nécessaire	oui
(4)	non	oui
(5)	oui	oui

In the pleadings which formed a part of the agreed statement of facts claims were made by the trust company against the deceased's estate in the total amount of about two million dollars. These claims were said to arise out of a series of actions carried out by the deceased as an officer and director of the trust company. His alleged misdeeds have exposed the trust company to interest and penalties under the *Income Tax Act* of Canada, and forced the company to incur expenses in connection with the investigation of the transactions. The plaintiff also claims general damages with reference to the publicity attendant upon or resulting from the disclosure of evasion of income tax by the trust company, together with punitive damages, and damages for loss of good will, breach of contract, breach of fiduciary duty and breaches of trust.

The appellant, the Public Trustee, as trustee of the estate of the deceased, seeks the restoration of the disposition of the court of first instance on three separate bases.

Firstly, the appellant submits that the trust company may not sue itself and, having done so, the result is a nullity rather than a mere irregularity and may not be rectified by the substitution of the Public Trustee for the executors named in the will and to whom letters probate were issued pursuant to the order of Maloney J. two years after the issuance of the writ. All parties were in agreement that no person may bring a matter to trial by commencing an action against himself. Indeed, the trust company does not dispute the principle that the trust company may not, in its corporate capacity, bring an action to trial against itself in its representative capacity. The only issue is whether or not the issuance of the writ is a nullity, as alleged by the appellant. Counsel have not been able to direct this Court to any authority where the issuance of a writ in these circumstances is in law a nullity. Of course the writ of summons cannot be a nullity *in toto* because it is conceded that at least as against the defendant Edward Thomas Berry the writ is valid in so far as it includes claims against him in his personal capaci-

Dans les procédures écrites qui font partie de l'exposé des faits, la compagnie de fiducie réclame environ deux millions de dollars à la succession. Ces réclamations découlent, prétend-elles, d'une série d'opérations effectuées par le défunt en sa qualité de dirigeant et d'administrateur de la compagnie de fiducie. Les actions qu'on lui reproche ont exposé la compagnie de fiducie à payer des intérêts et des pénalités aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada et l'ont obligée à engager des dépenses pour enquêter sur les opérations. La demanderesse réclame également des dommages-intérêts généraux relativement à la publicité qui a entouré la révélation de l'évasion fiscale en question, ou qui en a résulté, des dommages-intérêts punitifs et des dommages-intérêts pour perte d'achalandage, violation de contrat, manquements à des devoirs fiduciaires et violation de fiducie.

L'appelant, le Fiduciaire public, en sa qualité de fiduciaire de la succession du défunt, cherche à obtenir le rétablissement du jugement du tribunal de première instance et invoque trois moyens distincts.

Tout d'abord, l'appelant prétend que la compagnie de fiducie ne peut intenter d'action contre elle-même et que, l'ayant fait, il en résulte une nullité et non une simple irrégularité que ne peut corriger la substitution, conformément à l'ordonnance du juge Maloney deux ans après la délivrance du bref d'assignation, du Fiduciaire public aux exécuteurs nommés dans le testament et auxquels des lettres de vérification ont été accordées. Toutes les parties ont reconnu qu'on ne saurait porter une affaire devant les tribunaux en intentant une action contre soi-même. En fait la compagnie de fiducie ne conteste pas le principe qu'elle ne peut pas, en sa qualité de compagnie, intenter une action contre elle-même en sa qualité de représentante. La seule question est de savoir si, comme le prétend l'appelant, la délivrance du bref d'assignation est entachée de nullité. Les avocats n'ont pas pu nous citer de jurisprudence portant que la délivrance d'un bref dans ces circonstances constitue une nullité en droit. Bien sûr, le bref d'assignation ne peut être totalement nul parce qu'il est admis, du moins en ce qui concerne le défendeur

ty. The appellant supports his submission of nullity by reference to *Neale v. Turton*[6]; *Boyce v. Edbrooke*[7]; and *Ellis v Kerr*[8] at p. 534. In each of these cases the court was concerned not with the status in law of the initiatory document but rather with the nature of the right allegedly arising in law which the plaintiff sought to put in issue. In all cases the document under litigation was one form of contract or another and these cases can be regarded as illustrations of the proposition that, at common law, a person could not contract with himself. There being no contract, the actions could not proceed.

This same issue was approached from a procedural viewpoint by Moss C.J.O. in *Ontario Bank v. O'Reilly*[9] where at p. 434 it was stated that:

> ... since the Judicature Act there exists no reason why if two firms have a common partner an action should not be maintained by one against the other ....

The same learned justice in a later case also dealing with the law of partnership concluded that an action could be maintained by a partner against his fellow partners and in so concluding disposed of *Ellis v. Kerr, supra*, with the comment that:

> The action failed because there was no covenant to sue upon, and not because of the form of the action.

See *Bigelow v. Powers*[10] at p. 35.

There would appear to be innumerable instances where courts in this country have entertained actions wherein natural and corporate persons find themselves on both sides of the same proceeding: *Re MacNaughton*[11]; *Glatt v. Glatt*[12]; *Thompson (personally and as executor of Harry Alcroft Thompson, deceased) and Norris v. Lamport and*

[6] (1827), 4 Bing. 149; 130 E.R. 725.
[7] [1903] 1 Ch. 836.
[8] [1910] 1 Ch. 529.
[9] (1906), 12 O.L.R. 420 (C.A.).
[10] (1911), 25 O.L.R. 28 (C.A.)
[11] (1973), 17 C.B.R. (N.S.) 211.
[12] [1935] D.L.R. 99 (Ont. H.C.); [1936] O.R. 75(C.A.); [1937] S.C.R. 347.

Edward Thomas Berry, que l'assignation est valide dans la mesure où elle formule des réclamations contre lui personnellement. L'appelant fonde son allégation du nullité sur les arrêts *Neale v. Turton*[6]; *Boyce v. Edbrooke*[7]; et *Ellis v. Kerr*[8], à la p. 534. Dans chacune de ces affaires, le tribunal devait examiner non pas la valeur juridique de l'acte introductif d'instance mais plutôt la nature du droit qui découlait présumément de la *common law* et que le demandeur cherchait à contester. Dans les trois affaires, le document en litige était un contrat d'un type ou d'un autre et on peut les considérer comme une illustration de la proposition qu'en *common law*, personne ne peut conclure un contrat avec lui-même. Vu l'absence de contrat, les actions ne pouvaient suivre leurs cours.

La même question a été examinée sous l'angle de la procédure par le juge Moss, juge en chef de l'Ontario, dans *Ontario Bank v. O'Reilly*[9] à la p. 434 où il dit que:

> [TRADUCTION] ... depuis l'adoption de The Judicature Act rien n'empêche que deux sociétés ayant un associé commun intentent une action l'une contre l'autre ....

Dans un arrêt subséquent portant également sur le droit des sociétés, le même savant juge a conclu qu'un associé pouvait intenter une action contre ses coassociés et, ce faisant, il a écarté l'arrêt *Ellis v. Kerr*, précité, en ces termes:

> [TRADUCTION] L'action a échoué non pas en raison de sa forme mais vu l'absence de convention pouvant faire l'objet de poursuites.

Voir *Bigelow v. Powers*[10] à la p. 35.

Il semble que les tribunaux de ce pays ont très souvent été saisis d'actions dans lesquelles des personnes physiques ou morales se retrouvaient des deux côtés dans un même procès: *Re MacNaughton*[11]; *Glatt v. Glatt*[12]; *Thompson (en sa qualité personnelle et à titre d'exécuteur de feu Harry Alcroft Thompson) et Norris c. Lamport et*

[6] (1827), 4 Bing. 149; 130 E.R. 725.
[7] [1903] 1 Ch. 836.
[8] [1910] 1 Ch. 529.
[9] (1906), 12 O.L.R. 420 (C.A.).
[10] (1911), 25 O.L.R. 28 (C.A.).
[11] (1973), 17 C.B.R. (N.S.) 211.
[12] [1935] 4 D.L.R. 99 (H.C. Ont.); [1936] O.R. 75 (C.A.); [1937] R.C.S. 347.

Chartered Trust and Excutor Co. and Thompson (executors of Alexander Montgomery Thompson, deceased[13]). In *Martin v. Martin et al.*[14] the court faced circumstances approximating those before us in these proceedings. The plaintiff sought specific performance of a contract for the sale of land but before trial the defendant-purchaser died, and in order to execute judgment the plaintiff was finally required to cite the widow to take administration of the deceased defendant's estate, and upon her refusal, the plaintiff had himself appointed administrator. Thereafter, a second action was instituted by the plaintiff against himself as administrator together with the deceased's widow as defendants. Rose, C.J.H.C., stated at pp. 448-9:

It seems to be quite clear that this was irregular . . . .

However the estate was not a necessary party . . .. Mrs. Kellogg, the grantee, is in fact the only person interested in opposing the plaintiff's claim, and the difficulty arising from the form of the action could be got over by allowing the plaintiff to discontinue as against himself as administrator and to proceed against Mrs. Kellogg as the sole defendant.

Similar action was taken by Maugham J. in *In re Phillips*[15] where, on a motion for the construction of a will, the court struck out the Public Trustee as a defendant and substituted a person beneficially interested in the estate. Maloney J. accomplished the same end in 1977 by allowing the application by the trust company for replacement of the trustees of the deceased's estate. I note in passing that this application was opposed by the appellant and the defendant Edward Thomas Berry.

If one were required to proceed further afield in search of similar circumstances where the courts have dealt with the question of the propriety of parties appearing as plaintiff or defendant or both, one might consider the position of the corporation in a derivative action brought by shareholders in connection with the enforcement of a corporate

[13] [1945] S.C.R. 343.
[14] [1937] O.W.N. 444.
[15] [1931] W. N. 271.

Chartered Trust and Executor Co. et Thompson (exécuteurs de feu Alexander Montgomery Thompson[13]). Dans *Martin v. Martin et al.*[14] la cour examinait une situation assez semblable à celle qui nous est soumise ici. Le demandeur cherchait à obtenir l'exécution directe d'un contrat de vente de terrain, mais le défendeur-acheteur est décédé avant l'audience et, pour faire exécuter le jugement, le demandeur a finalement dû assigner la veuve pour lui faire administrer la succession du défunt; suite à son refus, il s'est fait nommer lui-même administrateur. Le demandeur a ensuite intenté une seconde action contre lui-même, en sa qualité d'administrateur, et la veuve comme défendeurs. Le juge Rose, juge en chef de la Haute Cour, a dit aux pp. 448 et 449:

[TRADUCTION] Il semble très clair que c'était irrégulier . . .

Cependant la succession n'était pas une partie nécessaire . . . Mme Kellogg, la bénéficiaire, est en fait la seule personne qui a intérêt à contester la réclamation du demandeur, et la difficulté qui découle de la forme de l'action pourrait être contournée si l'on permettait au demandeur de se désister contre lui-même en sa qualité d'administrateur et de continuer les procédures contre Mme Kellogg comme seule défenderesse.

Le juge Maugham a pris des mesures semblables dans *In re Phillips*[15] où, sur une requête visant l'interprétation d'un testament, la cour a radié le Fiduciaire public comme défendeur et l'a remplacé par une personne ayant un droit à titre de bénéficiaire de la succession. Le juge Maloney est parvenu au même résultat en 1977 en accueillant la requête de la compagnie de fiducie qui demandait le remplacement des fiduciaires de la succession. Je fais remarquer en passant que cette requête a été contestée par l'appelant et le défendeur Edward Thomas Berry.

Si l'on devait continuer à chercher des situations semblables où les tribunaux ont examiné la régularité de la comparution de parties en tant que demandeur ou défendeur ou les deux, on pourrait examiner la situation de la compagnie dans une action que des actionnaires intentent pour faire respecter un droit de la compagnie. Le droit visé

[13] [1945] R.C.S. 343.
[14] [1937] O.W.N. 444.
[15] [1931] W.N. 271.

right. The derivative right is, of course, that of the company, and hence the need for the use of the company's name as plaintiff. On the other hand, to make an effective order in many cases it must run against the company. In discussing these procedural conundrums the learned author Wegenast, in his book *Canadian Companies* (1931), states at p. 772:

> But it has been said that it is merely a question of practice; and where the parties are before the Court any necessary amendment may be made in the form of action, allowing the company's name to be struck out as plaintiff, or to be added as plaintiff, or defendant or to be shifted from one position to the other; with leave, where necessary, to plead anew.

There is obviously no question, in the author's opinion, that any such misstep would result in nullity.

Secondly, the appellant submitted that the trust company's claims against the estate had merged or otherwise become extinguished by operation of law automatically upon the acceptance by the trust company of letters probate in September 1970. This submission is made notwithstanding the fact that it is admitted that at the time of grant of letters probate, the trust company had no knowledge of the existence of any claims against its former president, director and chief executive officer. Alternatively, it is submitted that merger by operation of law occurred concurrently with the issuance of the writ of summons by the trust company against the estate. The root of this argument is said to be found in *Woodward v. Darcy*[16] wherein the twin doctrines of merger and retainer are discussed. In that case the doctrine of retainer was described as the executor's right to withhold assets from the estate to satisfy debts owing him by the testator, notwithstanding that his action in debt was forever barred, according to the doctrine of merger, by his administration of the estate. In *Attorney-General v. Jackson*[17]. Lord Atkin referred to *Woodward v. Darcy, supra*, and went on to state at p. 370:

[16] (1555), 1 Plowd. 184; 75 E.R. 282.
[17] [1932] A.C. 365.

par cette action appartient évidemment à la compagnie, d'où la nécessité d'utiliser le nom de la compagnie comme demanderesse. Par ailleurs, pour être efficace, l'ordonnance rendue à l'issue de cette action devra le plus souvent viser la compagnie. En analysant ces énigmes de procédure, le savant auteur Wegenast, dans son ouvrage intitulé Canadian Companies (1931), dit à la p. 772:

> [TRADUCTION] Mais on a dit que ce n'est qu'une question de pratique; et lorsque les parties sont devant la cour, on peut amender dans la mesure nécessaire la forme de l'action pour permettre de radier le nom de la compagnie comme demanderesse, de l'ajouter comme demanderesse ou défenderesse ou de la déplacer d'une position à l'autre; avec autorisation, au besoin, de plaider à nouveau.

Il n'est manifestement pas question, selon l'auteur, qu'une telle erreur entraîne la nullité.

Deuxièmement, l'appelant prétend que les réclamations de la compagnie de fiducie contre la succession se sont automatiquement éteintes par confusion ou par l'effet de la loi lorsque la compagnie de fiducie a accepté les lettres de vérification en septembre 1970. C'est ce qu'il fait valoir bien qu'il soit admis qu'au moment de la délivrance des lettres de vérification, la compagnie de fiducie ignorait l'existence de réclamations contre son ancien président, administrateur et chef de la direction. Subsidiairement, il allègue qu'il y a eu confusion par l'effet de la loi lorsque la compagnie de fiducie a lancé le bref d'assignation contre la succession. Il prétend que cet argument prend sa source dans l'arrêt *Woodward v. Darcy*[16] où la double doctrine de la confusion et de la rétention est examinée. Dans cette affaire, la doctrine de la rétention a été décrite comme le droit de l'exécuteur testamentaire de retenir des actifs de la succession pour payer les dettes que lui devait le testateur, bien que, selon la théorie de la confusion, une fin de non-recevoir soit à jamais opposable à son action en recouvrement de créances du fait qu'il est l'administrateur de la succession. Dans *Attorney-General v. Jackson*[17], après avoir mentionné l'arrêt *Woodward v. Darcy*, précité, lord Atkin ajoute à la p. 370:

[16] (1555), 1 Plowd. 184; 75 E.R. 282.
[17] [1932] A.C. 365.

The case shows the right of retainer well established, but does not refer to the limitation of the right to retain only against debts of equal degree. It did not arise in that case, where the action was in debt, and the plea averred a retainer of a debt due on a recognizance of the force of a statute staple. The limitation is, however, also well established. As stated by Blackstone, the law allows the executor to retain so much as will pay himself before any other creditors whose debts are of equal degree.

In cases where there were insufficient assets to meet all claims against the estate, the rule operated to elevate the executor's claim above creditors of equal degree. Lord Westbury L.C. lamented in *Boyd v. Brooks*[18] at p. 606 that this principle of law was "a barbarous one", but this branch of the retainer doctrine was abolished in Ontario in 1865 by s. 28 of *The Property and Trusts Act*, 29 Vict., c. 28 (U.C.), now s. 50(1) of *The Trustee Act*, R.S.O. 1970, c. 470. The section now reads:

50.—(1) On the administration of the estate of a deceased person, in the case of a deficiency of assets, debts due to the Crown and to the personal representative of the deceased person, and debts to others, including therein debts by judgment or order, and other debts of record, debts by specialty, simple contract debts, and such claims for damages as are payable in like order of administration as simple contract debts shall be paid *pari passu* and without any preference or priority of debts of one rank or nature over those of another; but nothing herein prejudices any lien existing during the lifetime of the debtor on any of his property.

However, where the assets are sufficient to satisfy all creditors, the executor's right to retainer presumably still exists in order to avoid the extinction of his claim by the operation of the doctrine of merger. Master Boyd, later Chancellor Boyd, stated in *Kline v. Kline*[19] at p. 168:

[18] (1865), 34 L.J.Ch. 605.
[19] (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

[TRADUCTION] L'affaire montre que le droit de rétention est bien établi, mais ne parle pas de la limitation de ce droit aux créances de même rang. Cette question ne s'y posait pas puisqu'il s'agissait d'une action en recouvrement de créances et que la déclaration faisait valoir le droit de rétention pour une dette échue par application d'une garantie protégeant les marchands. Toutefois, la limitation est également bien établie. Comme l'a déclaré Blackstone, en droit, l'exécuteur peut retenir le montant nécessaire pour satisfaire sa créance avant tous les autres créanciers de même rang.

Dans les affaires où l'actif était insuffisant pour satisfaire toutes les réclamations contre la succession, la règle avait pour effet de donner priorité à la réclamation de l'exécuteur sur celle des créanciers de même rang. Dans *Boyd v. Brooks*[18] à la p. 606, le lord chancelier Westbury remarque avec regret que ce principe de droits est «barbare», mais cette partie de la doctrine de la rétention a été abolie en Ontario en 1865 par l'art. 28 de *The Property and Trusts Act*, 29 Vict., chap. 28 (H.-C.), maintenant le par. 50(1) de *The Trustee Act*, R.S.O. 1970, chap. 470. Voici le texte actuel de ce paragraphe:

[TRADUCTION] **50.**—(1) Si, dans l'administration d'une succession, l'actif s'avère insuffisant, les créances de la Couronne et des représentants personnels du défunt, et les autres créances, y compris les créances reconnues par jugement ou ordonnance, et les autres créances enregistrées, les créances sous sceau, les créances découlant d'un contrat simple, ainsi que les réclamations en dommages-intérêts payables au même titre que les créances résultant de contrats simples doivent être payées *pari passu* et sans préférence ou priorité quant à leur rang ou leur nature les unes par rapport aux autres; mais rien au présent paragraphe ne porte atteinte à un privilège qui grevait les biens du débiteur pendant sa vie.

Cependant, lorsque l'actif est suffisant pour désintéresser tous les céranciers, le droit de rétention de l'exécuteur existe apparemment toujours afin d'éviter l'extinction de sa réclamation par l'application de la doctrine de la confusion. Le Master Boyd, plus tard le chancelier Boyd, a déclaré dans *Kline v. Kline*[19] à la p. 168:

[18] (1865), 34 L.J. Ch. 605.
[19] (1871), 3 Chamb. Rep. 161.

But the case is different where the assets are sufficient to pay all, or where the executor is the only creditor. The foundation of the doctrine of retainer consists in the union of the right to sue and the liability to be sued in one and the same person; and the principle is laid down that as the executor representing both debtor and creditor cannot sue himself, he may appropriate the assets in satisfaction of his demand. He can go, then, to the same extent in retaining as he could have gone supposing he were in a position to sue for his debt, *Toller's* Executors, p. 297. He can retain in respect of any claim legal or equitable for which he could have sued at law or filed a bill in equity. As against creditors at law, the executor's right to retain is a legal right, and is usually based upon a debt at law: as between the executor and the estate it is of the very essence of equity, that he be allowed to repay himself before accounting to the estate, and paying over the assets.

[TRADUCTION] Mais la situation est différente lorsque l'actif est suffisant pour payer tous les créanciers ou lorsque l'exécuteur est le seul créancier. Le fondement de la doctrine de la rétention réside dans la réunion sur la même personne du droit de poursuivre et d'être poursuivie; et en principe, comme l'exécuteur, qui représente à la fois le débiteur et le créancier, ne peut se poursuivre lui-même, il peut s'approprier l'actif pour satisfaire sa réclamation Il peut donc dans la même mesure retenir ce qu'il aurait réclamé s'il lui avait été possible d'intenter une action en recouvrement de créances, *Toller's* Executors, à la p. 297. Il peut exercer son droit de rétention relativement à toute réclamation fondée en droit ou en *equity* pour laquelle il aurait pu intenter une action en justice ou déposer une demande en *equity*. Relativement aux créanciers en *common law*, le droit de rétention de l'exécuteur est un droit légal, normalement fondé sur une créance reconnue en droit: quant aux relations entre l'exécuteur et la succession, il est de l'essence même de l'*equity* qu'on lui permette de satisfaire sa propre créance avant de rendre compte à la succession et de distribuer l'actif.

We have been referred to no authority suggesting that the type of retainer discussed by Master Boyd has been abolished in Ontario. Assuming for the moment that it does still exist, it is clear that such a retainer operates only in respect of ascertained debts or damages for which a certain standard or measure exists: *Loane v. Casey*[20]. In that case the executrix was allowed to retain sums due to her under a covenant which her late husband had made with a trustee on her behalf, but only because a sum certain (an annuity of £200 per annum) was involved. Blackstone J., then a judge of the Court of Common Pleas, observed at p. 570:

On ne nous a mentionné aucune jurisprudence portant que le type de rétention dont parle le Master Boyd ait été aboli en Ontario. Si l'on présume pour l'instant qu'il existe toujours, il est certain qu'un tel droit de rétention ne s'applique qu'à l'égard de créances ou de dommages-intérêts dont le montant peut être fixé selon une norme ou mesure: *Loane v. Casey*[20]. Dans cette affaire, on avait permis à l'exécutrice de retenir certaines sommes qui lui étaient dues aux termes d'un contrat que feu son mari avait signé avec un fiduciaire au nom de celle-ci, mais seulement parce qu'il s'agissait d'un montant déterminé (une rente annuelle de £200). Le juge Blackstone, alors juge de la *Court of Common Pleas*, a fait remarquer à la p. 570:

Damages, that are in their nature arbitrary, cannot be retained; because, till judgment, no man can foretell their amount. Such are damages founded upon torts. But where damages arise from the breach of a pecuniary contract, there is a certain measure for them; and such damages may well be retained. The remedy for a note of hand carrying interest is only in damages, but will any one say this shall not be retained?

[TRADUCTION] Les dommages-intérêts qui sont par nature arbitraires ne peuvent être retenus; en effet, jusqu'au jugement, nul ne peut en prédire le montant. Tel est le cas des dommages-intérêts fondés sur les délits. Mais lorsque les dommages-intérêts découlent de la violation d'un contrat à caractère pécuniaire, il en existe une mesure et on peut les retenir. Le seul recours dans le cas d'un billet à ordre portant intérêts est une action en dommages-intérêts, mais peut-on dire que ceux-ci ne peuvent être retenus?

[20] (1775), 96 E.R. 569.

[20] (1775), 96 E.R. 569.

The Court of Appeal cited this passage with approval in *Re Compton, Norton v. Compton*[21] at p. 21.

It can readily be seen that the numerous claims in issue here are not susceptible of precise ascertainment. Indeed, a lengthy and involved trial will probably be necessary to determine the exact extent of the Berry estate's liability. According to the case law the executor cannot exercise his right of retainer in respect of these claims. But does this conclusion oblige us to hold that the executor's claim has been annihilated by the doctrine of merger? This may have been the case at common law, but I do not believe that such is now the law in Ontario. Two sections of *The Trustee Act* contemplate that an executor may launch an action for a personal claim against the deceased's estate. Section 38(2) reads:

38.— . . .

(2) Except in cases of libel and slander, if a deceased person committed or is by law liable for a wrong to another in respect of his person or property, the person wronged may maintain an action against the executor or administrator of the person who committed or is by law liable for the wrong.

This section was passed in order to avoid the harshness of the common law rule enshrined in the maxim *actio personalis moritur cum persona* (a personal action dies with the person). Although the possibility of a suit by an executor wronged in his personal capacity against himself in his representative capacity was probably not uppermost in the mind of the legislator when the section was drafted, the words "person wronged" stand unqualified and apply as much to a wronged executor as to a stranger to the estate. This result accords with common sense, as there is no reason that an executor should be in a worse position than third parties to make good his claims against the estate.

Section 50(1) of *The Trustee Act, supra*, is also relevant, in that it contemplates that a personal representative will be able to assert his claim for a debt against the estate. While it may be said that

[21] (1885), 30 Ch. D. 15.

La Cour d'appel a cité et approuvé ce passage dans l'arrêt *Re Compton, Norton v. Compton*[21] à la p. 21.

Nous pouvons facilement constater que les nombreuses réclamations en litige en l'espèce ne peuvent être fixées avec précision. En fait, il faudra sans doute un procès long et compliqué pour déterminer l'étendue exacte des dettes de la succession Berry. Selon la jurisprudence, l'exécuteur ne peut exercer son droit de rétention relativement à ces réclamations. Mais cette conclusion nous oblige-t-elle à juger que la réclamation de l'exécuteur a été annihilée par la doctrine de la confusion? Tel était peut-être le cas en *common law*, mais je ne crois pas que ce soit maintenant l'état du droit en Ontario. Deux articles de *The Trustee Act* prévoient qu'un exécuteur peut intenter une action en réclamation d'une créance personnelle contre la succession du défunt. Voici le texte du par. 38(2):

[TRADUCTION] **38.**— . . .

(2) Sauf dans les cas de diffamation écrite ou verbale, si une personne décédée a commis un délit ou est responsable en droit d'un délit envers une personne ou ses biens, la victime peut intenter une action contre l'exécuteur ou l'administrateur de la succession de la personne qui a commis le délit ou qui en est responsable.

Cet article a été adopté pour remédier à la sévérité de la règle de *common law* consacrée par la maxime *actio personalis moritur cum persona* (l'action personnelle meurt avec la personne). Bien que la possibilité d'une poursuite par l'exécuteur lésé en sa qualité personnelle contre lui-même ès qualités n'ait sans doute pas occupé la première place dans l'esprit du législateur lors de la rédaction de cet article, le mot «victime» n'est assorti d'aucune réserve et s'applique aussi bien à l'exécuteur lésé qu'à un étranger à la succession. Ce résultat est logique car rien ne justifie qu'un exécuteur soit dans une position moins favorable que les tiers pour faire valoir ses réclamations contre la succession.

Le paragraphe 50(1) de *The Trustee Act*, précité, est également pertinent; en effet, il prévoit qu'un représentant personnel peut également faire valoir sa créance contre la succession. Bien que

[21] (1885), 30 Ch. D. 15.

this is no more than a legislative recognition of the rule in *Woodward v. Darcy, supra*, it should be noted that the mechanics of the statute and the case are different. *Woodward v. Darcy* justified the personal representative's right to help himself to property from the deceased's goods equal to the amount of his debt by means of the fiction that "the property of those goods is altered and vested in himself, that is, he has them as his own proper goods in satisfaction of his debt, and not as executor[,] [s]o that there is a transmutation of property, by the operation of law, without suit and execution", at p. 285 E.R. This quaint doctrine of self-help may have been necessary in 1555 to overcome the injustices inherent in a rigid system of procedure, but such a policy is no longer favoured by the law. Citizens are expected to vindicate their rights via established procedures in courts of law, not on their own initiative. Section 50(1) treats the personal representative's debt on the same footing as all other debts due by the deceased. Although in a majority of cases the personal representative will be able to satisfy his debt directly from the assets over which he has control, s. 50(1) directs that any such claims are satisfied as debts, and not because of any "transmutation of property". If a personal representative should become incapacitated before satisfying his debt, there is no doubt that s. 50(1) would allow his or her representative to take an action against the deceased's estate to recover the amount in issue.

While I realize that s. 50(1) applies only to debts and not to claims for unliquidated damages as are in issue here, I have examined it along with s. 38(2) in order to show that *The Trustee Act* treats the claims (used in the broad sense) of a personal representative against an estate on the same footing as any other claim. Such a statutory scheme is inconsistent with the notion that a personal representative's claims are extinguished upon the commencement of his administration. To this extent, the doctrine of merger has been repealed by statute and the concept of retainer which was evolved to avoid it is no longer necessary.

l'on puisse dire que cela n'est rien d'autre qu'une reconnaissance législative de la règle formulée dans *Woodward v. Darcy*, précité, il faut souligner que le mécanisme de la loi et l'affaire sont différents. *Woodward v. Darcy* a justifié le droit du représentant personnel de prélever lui-même sur les biens du défunt une valeur égale à sa créance, au moyen de la fiction que [TRADUCTION] «la propriété de ces biens est modifiée et lui est dévolue, c'est-à-dire qu'il les détient comme s'ils lui appartenaient en propre pour payer sa créance, et non en tant qu'exécuteur[,] [d]e sorte qu'il y a translation de propriété, par l'opération de la loi sans poursuite ni exécution», à la p. 285 E.R. Cette doctrine originale de «libre-service» était peut-être nécessaire en 1555 pour venir à bout des injustices inhérentes à un système procédural rigide, mais une telle ligne de conduite n'est plus encouragée en droit. On s'attend à ce que les citoyens fassent valoir leurs droits en recourant aux procédures établies dans les cours de justice, et non de leur propre initiative. Le paragraphe 50(1) assimile la créance du représentant personnel à toutes les autres dettes du défunt. Bien que dans la majorité des cas, le représentant personnel puisse satisfaire ses créances directement à même l'actif qu'il contrôle, le par. 50(1) énonce que c'est à titre de créances que ces réclamations sont payées et non en raison d'une «translation de propriété». Si un représentant personnel devenait incapable avant d'avoir recouvré sa créance, il n'y a aucun doute que le par. 50(1) permettrait à son représentant d'intenter une action contre la succession pour récupérer le montant en cause.

Bien que je sois conscient que le par. 50(1) ne s'applique qu'aux créances et non aux réclamations en dommages-intérêts non liquidés comme en l'espèce, je l'ai analysé en corrélation avec le par. 38(2) pour montrer que *The Trustee Act* assimile les réclamations (au sens large) d'un représentant personnel contre une succession aux autres réclamations. L'économie de la Loi est donc incompatible avec l'idée que les réclamations d'un représentant personnel s'éteignent dès qu'il commence son administration. Dans cette mesure, la doctrine de la confusion a été abolie par la Loi et le concept de la rétention qu'on avait élaboré pour l'éviter n'est plus nécessaire.

Thirdly, I move to the submission made by Mr. Barnes, counsel for the defendant Edward Berry, that as a condition precedent to the issuance of a writ by the trust company against the personal representatives of the estate of the deceased, the trust company had to remove itself as executor. This argument he based on the principle that a trustee cannot allow himself to be put into a situation where his personal interest conflicts with his duty. It is said that had the writ issued after the order of Maloney J. it would have been valid and effective, but as it was issued before such order of removal the writ is a nullity. This submission of course conflicts with the second submission by counsel for the appellant to the effect that merger occurred upon the grant of letters probate. Counsel for the trust company agrees at once with the proposition that a trustee may not place himself in a position of conflict between his duties as a trustee and his personal position. The sole difference between the parties on this, and indeed on all points, is simply, what is the consequence of a trustee placing itself in such a position of conflict by issuing a writ in the circumstances here? The purpose for the conflict rule in the common law is obvious and has been so frequently enunciated in our law that I do no more than point to the speeches of Lord Herschell in *Bray v. Ford*[22] at p. 51 and Lord Eldon L.C. in *Ex parte James*[23] at pp. 344-5. See also *Boardman v. Phipps*[24] and, in a corporate setting, *Canadian Aero Service Limited v. O'Malley*[25] at pp. 608-10. It is not surprising therefore to find in the reports innumerable illustrations of the rule in instances where beneficiaries have proceeded against their trustee to cause him to disgorge profits wrongfully gained by him in his capacity as trustee at the expense of the estate and its beneficiaries. All these authorities of course are far from the point now before us. Here we have the case of an executor who, far from seeking to profit from his position at the expense of the beneficiaries, is simply moving to realize a claim the existence of which was unknown to the executor at the time of the death of the deceased or the grant of

[22] [1896] A.C. 44 (H.L.).
[23] (1803), 8 Ves. 337.
[24] [1967] 2 A.C. 46.
[25] [1974] S.C.R. 592.

Troisièmement, j'en viens à la prétention de Me Barnes, avocat du défendeur Edward Berry, portant qu'une condition préalable de la délivrance du bref d'assignation de la compagnie de fiducie aux administrateurs de la succesSion était que cette dernière cesse d'agir comme exécutrice. Cet argument est fondé sur le principe qu'un fiduciaire ne peut se placer dans une situation où son intérêt personnel entre en conflit avec ses obligations. On prétend que si le bref d'assignation avait été délivré après l'ordonnance du juge Maloney, il aurait été valide et exécutoire, mais que l'ayant été avant cette ordonnance de retrait, il est nul. Cette prétention entre évidemment en conflit avec la deuxième prétention de l'avocat de l'appelant portant qu'il y a eu confusion lors de la délivrance des lettres de vérification. L'avocat de la compagnie de fiducie accepte volontiers la proposition qu'un fiduciaire ne peut se mettre dans une situation où il y a conflit entre ses obligations de fiduciaire et son intérêt personnel. La seule divergence entre les parties sur ce point et, en somme sur tous les points, porte simplement sur la question de savoir quelle est la conséquence de la situation de conflit dans laquelle se place un fiduciaire lorsqu'il obtient un bref d'assignation dans les circonstances de la présente espèce. L'objet de la règle de conflit en *common law* a été si souvent énoncé dans notre droit que je me limiterai à mentionner les jugements de lord Herschell dans *Bray v. Ford*[22] à la p. 51 et du lord chancelier Eldon dans *Ex parte James*[23] aux pp. 344 et 345. Voir également *Boardman v. Phipps*[24] et, dans le cadre des compagnies, *Canadian Aero Service Limited c. O'Malley*[25] aux pp. 608 à 610. Il n'est donc pas étonnant de trouver dans les recueils des exemples innombrables de la règle dans des cas où des bénéficiaires ont intenté des procédures contre leur fiduciaire pour lui faire remettre les profits qu'il avait illégalement gagnés en se qualité de fiduciaire aux dépens de la succession et de ses bénéficiaires. Toutefois, toutes ces décisions sont très éloignées de la question qui nous est maintenant soumise. Ici nous avons un exécuteur qui, loin

[22] [1896] A.C. 44. (C.L.)
[23] (1803), 8 Ves. 337.
[24] [1967] 2 A.C. 46.
[25] [1974] R.C.S. 592.

probate in his estate. Faced with circumstances not contemplated by the rule as enunciated by Lord Eldon in *Ex parte James*, *supra*, the courts have been quick to relieve against a harsh operation of the rule. Thus we see Harman L.J. declining to apply the rule in *Holder v. Holder*[26], being of the opinion that

> ... in a case where the reasons behind the rule do not exist I do not feel bound to apply it. (at p. 392)

Sachs L.J. concurring at pp. 402-3 stated:

> Thus the rigidity of the shackles imposed by the rule on the discretion of the court may perhaps before long be reconsidered as the courts tend to lean more and more against such rigidity of rules as can cause patent injustice ...

These comments, it should be noted, relate to the request for relief against the appliation by rote of the substantive rule prohibiting certain acts on the part of the trustee when a conflict of interest exists. It is all the more important that the procedural trappings of the rule are not applied in a mindless way so as to strip the innocent of a clear right in law to make a claim against the estate. Thus we find in *Vyse v. Foster*[27] the court declining to apply the rule so as to prevent a fellow partner of the deceased making claim against the estate of the deceased in his capacity as a partner of the deceased. The articles of partnership provided for the eventuality of death by a devolution of partnership assets to survivors. Lord Cairns L.C. at p. 332 stated:

> I apprehend it to have been perfectly clear that the testator could not, by appointing one of his partners as his executor, annul that partnership contract which he had deliberately entered into. I cannot admit that it was necessary for the person so appointed executor to disclaim the executorship in order to save his contract.

[26] [1968] 1 Ch. 353.
[27] (1874), L.R. 7 H.L. 318.

d'essayer de profiter de sa situation aux dépens des bénéficiaires, désire simplement faire valoir une réclamation dont il ignorait l'existence au moment du décès du défunt et de la délivrance des lettres de vérification afférentes à la succession. Lorsque les tribunaux ont eu à examiner des circonstances non prévues par la règle énoncée par lord Eldon dans *Ex parte James*, précité, ils n'ont pas hésité à en assouplir l'application sévère. Ainsi, le lord juge Harman a refusé d'appliquer la règle dans *Holder v. Holder*[26] étant d'avis que

> [TRADUCTION] ... dans une affaire où les motifs qui sous-tendent la règle n'existent pas, je ne me sens pas tenu de l'appliquer. (à la p. 392)

Le lord juge Sachs, souscrivant à cette opinion, a dit aux pp. 402 et 403:

> [TRADUCTION] Ainsi, la rigidité des contraintes que la règle impose au pouvoir discrétionnaire du tribunal sera peut-être remise en question sous peu puisque les tribunaux ont de plus en plus tendance à s'opposer à la rigidité des règles qui peut entraîner des injustices flagrantes ...

Il faut souligner que ces commentaires se rapportent à une action où l'on s'opposait à l'application mécanique de la règle de droit positif qui interdit certains actes à un fiduciaire en situation de conflit d'intérêts. Il est des plus important de ne pas appliquer sans discernement les à-côtés procéduraux de la règle au risque de priver l'innocent du droit absolu en *common law* d'intenter une action contre la succession. Ainsi dans l'arrêt *Vyse v. Foster*[27], la cour a refusé d'appliquer la règle de façon à empêcher un associé du défunt d'intenter une action contre la succession en sa qualité d'associé. Les statuts de la société prévoyaient que, dans l'éventualité d'un décès, l'actif passerait aux survivants. Le lord chancelier Cairns a dit à la p. 332:

> [TRADUCTION] Je conçois qu'il était très clair que le testateur ne pouvait pas, en nommant comme exécuteur l'un de ses associés, annuler le contrat de société qu'il avait volontairement conclu. Il m'est impossible d'admettre que la personne ainsi nommée exécutrice doit renoncer à cette fonction afin de protéger son contrat.

[26] [1968] 1 Ch. 353.
[27] (1874), L.R. 7 H.L. 318.

These words are particularly apt in the light of the act of the deceased here in appointing the trust company to administer his estate with full knowledge of his own improprieties during his lifetime which had given rise, unbeknown to the trust company, to a cause of action by the company against him. For a more recent application of this principle, see *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan and Others v. Westminster Bank Ltd.*[28] per Wynn-Parry J. at p. 462.

Jessup J.A., speaking for the Court of Appeal in the present appeal, concluded:

On the facts of this case we are not prepared to hold that the plaintiff's cause of action was irrevocably extinguished, as against a successor trustee, when it accepted probate. In this case the plaintiff embarked in good faith on probate of the estate without any knowledge of its cause of action. We think it would be grossly unjust to hold that its action against the successor trustee is barred and there is no binding authority which requires us to arrive at that unjust result.

With that answer I am, with respect, in complete accord. The trust company in my view has not suffered a merger of its rights upon the acceptance of letters probate, has not suffered a merger of its claim by reason of the commencement of these proceedings, and therefore is now in a position by reason of the order of Maloney J. to continue in the prosecution of its action against both the estate and the defendant Edward Berry. Those portions of the writ dealing with the claim by the trust company against the personal representative of the estate of James Wilson Berry in their representative capacity is, as regards the trust company in its representative capacity, an irregularity which is susceptible to rectification as was done in these proceedings and does not render a nullity those parts of the writ of summons relating to the claim by the trust company against the deceased's estate. In the disposition of this claim and this portion of the appeal, I do not find it necessary to deal with the effect in law of service of such a writ of summons upon one of the personal representatives who is not a plaintiff. It may well be that this facet of the circumstances provides an additional answer

[28] [1949] 1 All E.R. 460.

Ces propos sont particulièrement appropriés compte tenu de l'acte que le défunt avait accompli en l'espèce en confiant à la compagnie de fiducie l'administration de sa succession alors qu'il savait très bien que sa propre conduite répréhensible avait créé, à l'insu de cette dernière, un droit d'action contre lui. Pour une illustration plus récente de ce principe, voir *Re Mulholland's Will Trusts. Bryan and Others v. Westminster Bank Ltd.*[28], le juge Wynn-Parry à la p. 462.

Parlant au nom de la Cour d'appel en l'espèce, le juge Jessup a conclu:

[TRADUCTION] Compte tenu des faits en l'espèce, nous ne pouvons conclure que le droit d'action de la demanderesse a été éteint de façon irrévocable, contre le fiduciaire de la succession, lorsqu'elle a accepté les lettres de vérification. En l'espèce, la demanderesse a de bonne foi demandé des lettres de vérification sans rien savoir de son droit d'action. Nous estimons qu'il serait extrêmement injuste de conclure qu'une fin de non-recevoir s'oppose à son action contre le fiduciaire de la succession et rien dans la jurisprudence n'exige que nous parvenions à ce résultat injuste.

Avec égards, je souscris entièrement à cette réponse. A mon avis, il n'y a pas eu confusion des droits de la compagnie de fiducie lorsque celle-ci a accepté les lettres de vérification, ni confusion de sa réclamation lorsqu'elle a intenté les présentes procédures; elle peut donc maintenant, suite à l'ordonnance du juge Maloney, poursuivre son action à la fois contre la succession et le défendeur Edward Berry. La partie du bref d'assignation qui se rapporte à la réclamation de la compagnie de fiducie contre les représentants personnels de la succession de James Wilson Berry en cette qualité constitue, vis-à-vis de la compagnie de fiducie en sa qualité de représentante, une irrégularité qui peut être corrigée, comme on l'a fait en l'espèce, et n'annule pas les parties du bref d'assignation qui se rapportent à la réclamation de la compagnie de fiducie contre la succession du défunt. Pour trancher cette réclamation et cette partie du pourvoi, je n'estime pas nécessaire d'examiner l'effet juridique de la signification d'un tel bref d'assignation à l'un des représentants personnels qui n'est pas demandeur. Il est fort possible que cet aspect des circonstances fournisse une réponse additionnelle aux pré-

[28] [1949] 1 All E.R. 460.

to the submissions of the appellant but, having disposed of the submissions of the appellant on other grounds as set out above, I do not find it necessary to proceed with an examination of this further possible answer to the problems raised in this appeal.

Not only has no authority been advanced for the proposition that the inclusion of the trust company in its representative capacity as a defendant is more than an irregularity but a nullity invalidating that portion of the writ relating to the claim against the estate, but no submission was made of any hardship which would flow from a recognition that such defects are but irregularities capable of rectification by court order. A serious question arises in these proceedings as to whether all of the claims of the trust company are not now statute barred and hence no doubt the reason for these interlocutory proceedings. Clearly some of the claims are statute barred. This is not a controlling circumstance, of course, in the adoption of one principle or another in the solution of the issue raised in this appeal but it does draw attention to the irregularities in the operations of the courts. If on policy we adopt structured, invariable rules which frequently lead to harsh results for no demonstrated purpose, the effectiveness and the quality of judicial service is inevitably impaired. If the courts have here a free choice between these alternative dispositions of the claim, there is no doubt in my mind that fairness, justice and judicial administration all favour the conclusion of irregularity and not nullity. As Pigeon J. said, speaking for a unanimous Court in *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*[29] at p. 563:

> Except in the case of a nullity enacted by a specific statutory provision allowing the courts no power to remedy it, the Supreme Court of Canada never hesitates to intervene to reverse a decision which dismisses an action on the merits for a formal defect. To show how this is regularly done in cases from the common law provinces as well as from Quebec, the following exam-

[29] [1979] 1 S.C.R. 555.

tentions de l'appelant mais, ayant déjà statué sur ses prétentions pour les autres motifs énoncés ci-dessus, je n'estime pas nécessaire d'examiner cette autre réponse possible aux problèmes posés dans ce pourvoi.

Non seulement aucune jurisprudence n'a-t-elle été citée à l'appui de la proposition que l'addition de la compagnie de fiducie en sa qualité de représentante comme défenderesse n'est pas une simple irrégularité, mais plutôt un vice qui annule la partie du bref relative à la réclamation contre la succession, mais on n'a signalé aucun préjudice qui pourrait découler de la reconnaissance que ces vices sont de simples irrégularités susceptibles d'être corrigées par une ordonnance judiciaire. Une question importante se pose dans ces procédures quant à savoir si la Loi n'impose pas maintenant une fin de non-recevoir à toutes les réclamations de la compagnie de fiducie, ce qui serait sans doute la raison d'être de ces procédures interlocutoires. Il est évident que la Loi impose une fin de non-recevoir à certaines des réclamations. Ce n'est certainement pas une circonstance déterminante dans l'adoption d'un principe ou d'un autre pour résoudre la question soulevée dans ce pourvoi, mais cela souligne les irrégularités dans le fonctionnement des tribunaux. Si sur des questions de principe, nous adoptons des règles méthodiques et intangibles dont les résultats sont souvent sévères sans justification, l'efficacité et la qualité du service judiciaire en souffrira inévitablement. Si les tribunaux peuvent, en l'espèce, choisir librement entre les façons de statuer sur la réclamation, il ne fait aucun doute, à mon avis, que l'équité, la justice et sa bonne administration appuient toutes la conclusion d'irrégularité plutôt que de nullité. Comme l'a dit le juge Pigeon, qui prononçait l'arrêt unanime de la Cour, *Vachon c. Procureur général de la province de Québec*[29] à la p. 563:

> Sauf devant une nullité décrétée par un texte législatif formel ne laissant aux tribunaux aucun pouvoir d'y remédier, la Cour suprême du Canada n'hésite pas à intervenir pour infirmer un arrêt qui rejette une demande au fond pour vice de forme. Pour bien montrer comment ce principe est systématiquement appliqué dans les affaires venant des provinces de *common law*

[29] [1979] 1 R.C.S. 555.

ples may be cited: *Basarsky v. Quinlan; Ladouceur v. Howarth; Witco Chemical v. Oakville; Leesona v. Consolidated Textile Mills et al.; Pont-Viau v. Gauthier Mfg.* [Footnotes omitted].

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs in this Court to the respondent trust company against the appellant and the defendant Edward Thomas Berry; and would leave the order as to costs in the courts below as made by the Court of Appeal in its order dated May 31, 1979 undisturbed.

Appeal dismissed.

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

Solicitors for the plaintiff, respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Solicitors for the defendant: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.

comme dans celles venant du Québec, je citerai à titre d'exemples: *Basarsky c. Quinlan; Ladouceur c. Howarth; Witco Chemical c. Oakville; Leesona c. Consolidated Textile Mills et autre; Pont-Viau c. Gauthier Mfg.* [Notes en bas de page omises].

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en cette Cour en faveur de la compagnie de fiducie intimée et contre l'appelant et le défendeur Edward Thomas Berry, et de ne pas modifier l'ordonnance de dépens devant les cours d'instance inférieure rendue par la Cour d'appel en date du 31 mai 1979.

Pourvoi rejeté.

Procureurs du défendeur, appelant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Procureurs du défendeur: Wilson, Barnes, Walker, Montello, Beach & Morga, Windsor.

Roman Swietlinski *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: May 12; 1980: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — Indecent assault — Mental elements — Specific intent — Defence of drunkenness — Underlying offence — Possession or use of weapon during the commission or attempted commission of indecent assault — Charge to the jury — Whether deficiency in the trial judge's charge caused a prejudice to the accused or a miscarriage of justice — Criminal Code, ss. 212(a), 213.

The appellant was convicted of first degree murder before a judge and jury, under s. 213 (*d*) of the *Criminal Code,* where the underlying offence, during the commission of which death was caused, was indecent assault on a female. He accompanied her to her apartment and he remembered that when she opened a drawer in the kitchen where there were knives there was a bright glare or flash of light. That was the last thing he remembered until he was walking in the street. The police had found the partially undressed body of Mary McKenna in her bedroom with one hundred and thirty-two knife wounds.

He raised drunkenness as a defence and from expert evidence adduced as to the blood alcohol levels that could have been attained by the appellant, considering the amount he recalled drinking, the jury would have been able to infer that the appellant was highly intoxicated during the evening.

His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed. The main points of significance raised on appeal by leave of this Court are embraced in the following questions: 1. What are the mental elements which must be shown for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*? 2. Can evidence of drunkenness be taken into consideration in determining whether the mental elements required for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code* have been shown? 3. Was there error in the trial judge's charge on the applicability of the defence of drunkenness, as it could apply to a charge of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*?

Held: The appeal should be dismissed.

Roman Swietlinski *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 12 mai; 1980: 18 décembre.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Attentat à la pudeur — Eléments mentaux — Intention spécifique — Défense d'ivresse — Infraction sous-jacente — Possession ou utilisation d'une arme pendant la perpétration ou la tentative de perpétration d'un attentat à la pudeur — Directives au jury — Vices des directives du juge du procès causant ou non un tort à l'accusé ou une erreur judiciaire — Code criminel, art. 212a), 213.

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré devant un juge et un jury en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel* où l'infraction sous-jacente pendant la perpétration de laquelle la mort est survenue est un attentat à la pudeur sur une personne du sexe féminin. L'appelant l'avait accompagnée à son appartement et il se souvient que, quand elle a ouvert un tiroir dans la cuisine où il y avait des couteaux, il y a eu un éclat aveuglant ou un éclair. C'est la dernière chose dont il se souvient avant de se retrouver sur la rue. La police a trouvé le cadavre de Mary McKenna dans sa chambre à coucher frappé de cent trente-deux coups de couteaux.

L'appelant a soulevé l'ivresse comme moyen de défense et d'après les témoignages d'experts sur son alcoolémie possible, vu la quantité d'alcool qu'il se souvient d'avoir absorbée, le jury aurait pu en déduire que l'appelant était dans un état d'ivresse avancée pendant la soirée en cause.

L'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. Les questions suivantes englobent les points importants dans le présent pourvoi formé sur autorisation de cette Cour: 1. Quels sont les éléments mentaux à prouver pour établir une déclaration de culpabilité de meurtre fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel*? 2. Peut-on prendre en considération une preuve d'ivresse pour déterminer si les éléments mentaux nécessaires à une déclaration de culpabilité de meurtre fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel* ont été prouvés? 3. Y a-t-il eu erreur dans l'exposé du juge au jury sur l'applicabilité de la défense d'ivresse à une accusation de meurtre portée en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Subsection (*d*) of subs. 213 of the *Criminal Code* differs significantly from subss. (*a*), (*b*) and (*c*) of that section. No mental element is required under subs. (*d*) beyond the minimal intent to use or to have a weapon. To ascertain the mental elements required for the establishment of criminal liability under s. 213(*d*) of the *Code*, it is necessary to consider the mental elements of the underlying offence, the commission of which calls the section into play, in this case indecent assault. The mental elements for murder under s. 213(*d*) cannot be less than those required for the commission of the underlying offence which invokes the section.

Section 213(*d*) requires the commission or attempted commission of the underlying offence, but does not itself provide for any further intent. In such case, the mental element required for a conviction of murder must be found in the intent to commit the underlying offence, here an indecent assault. The problem in this case arises because the underlying offence is one which requires only a basic or general intent and in respect of which when standing alone the defence of a drunkenness would not apply. The trial judge ought to have instructed the jury that if having considered the evidence including that of intoxication, they doubted the appellant's mental capacity to form the intent required for the completion of the indecent assault because of his state of intoxication, murder would have not been proved. If they were satisfied that the appellant had done the killing, it would be manslaughter. The statement of the Lord Chancellor in *Beard*'s case, [1920] A.C. 479, supports the proposition that the underlying offence in constructive murder must have been consciously committed. If s. 213(*d*) did not require proof of such conscious commission, it would be providing for a conviction of murder in the absence of any mental element or intent.

As to the option of manslaughter, it was clearly left to the jury in respect of murder under s. 212 of the *Code*. While it could have been made in more explicit terms in respect of s. 213(*d*), no reversible error occurred in this connection.

R. v. Resener, [1968] 4 C.C.C. 129; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479 followed; *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1976] 2 All E.R. 142; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Graves* (1912), 9 D.L.R. 30; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *Perrault v. The Queen*, [1971] S.C.R. 196; *R. v. King*, [1962] S.C.R. 746; *R. v. Tennant and*

L'alinéa 213*d*) du *Code criminel* diffère nettement des al. *a*), *b*) et *c*) de cet article. Aucun autre élément mental n'est requis à l'al. *d*), si ce n'est l'intention minimale d'employer ou d'avoir une arme. Afin de déterminer les éléments mentaux requis pour établir la responsabilité pénale, en vertu de l'al. 213*d*) du *Code*, il est nécessaire d'examiner les éléments mentaux de l'infraction sous-jacente, dont la perpétration met l'article en jeu, en l'espèce l'attentat à la pudeur. Les éléments mentaux requis pour qu'il y ait meurtre au sens de l'al. 213*d*) ne peuvent pas être moindres que ceux requis pour qu'il y ait perpétration de l'infraction sous-jacente que l'article appelle.

L'alinéa 213*d*) exige la perpétration ou la tentative de perpétration de l'infraction sous-jacente, mais ne fait pas lui-même mention d'une autre intention. En l'instance, l'élément mental nécessaire à une déclaration de culpabilité de meurtre doit se trouver dans l'intention de commettre l'infraction sous-jacente, ici un attentat à la pudeur. La question en l'espèce résulte de ce que l'infraction sous-jacente en est une qui ne requiert qu'une intention générale ou fondamentale à l'égard de laquelle la défense d'ivresse seule ne peut s'appliquer. Le juge du procès aurait dû dire au jury que si, après avoir analysé la preuve, y compris la preuve d'ivresse, il avait des doutes sur la capacité mentale de l'appelant de former l'intention nécessaire à la perpétration de l'attentat à la pudeur à cause de son état d'ébriété, la preuve du meurtre était incomplète. S'il était convaincus que l'appelant avait perpétré l'homicide, il en résultait un homicide involontaire coupable. Dans l'arrêt *Beard*, [1920] A.C. 479, la déclaration du lord chancelier appuie la proposition que l'infraction sous-jacente d'un meurtre par interprétation doit avoir été commise consciemment. Si l'al. 213*d*) n'exigeait pas la preuve de la perpétration consciente, il ouvrirait la porte à une déclaration de culpabilité de meurtre en l'absence de tout élément mental ou d'intention.

Quant à la possibilité d'homicide involontaire coupable, elle a nettement été soumise au jury à l'égard du meurtre en vertu de l'art. 212 du *Code*. Bien qu'elle eût pu être exposée en termes plus explicites, il n'y a pas eu d'erreur donnant lieu à cassation à cet égard.

Jurisprudence: arrêts suivis: *R. v. Resener*, [1968] 4 C.C.C. 129; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *Director of Public Prosecutions v. Beard*, [1920] A.C. 479; arrêts mentionnés: *Director of Public Prosecutions v. Majewski*, [1976] 2 All. E.R. 142; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. v. Graves* (1912), 9 D.L.R. 30; *MacAskill c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 330; *Perrault c. La Reine*, [1971] R.C.S. 196; *R. c. King*, [1962] R.C.S.

Naccarato (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. DeWolfe* (1976), 31 C.C.C. (2d) 23, referred to.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal[1], dismissing an appeal by appellant from his conviction on a charge of murder following a trial by judge and jury. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., for the appellant.

Douglas J. Ewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises questions regarding the applicability of the defence of drunkenness to a charge of first degree murder, under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*, where the underlying offence, during the commission of which the death was caused, was indecent assault on a female. The appellant was convicted of first degree murder before a judge and jury, and his appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed. This appeal is taken by leave of this Court.

On the evening of September 20, 1976, the police entered the apartment of the deceased Mary McKenna and found her body in the bedroom, lying face down upon the floor. The body was clothed only in panties, pantyhose and brassiere. The straps of the brassiere were pulled down, but it was still hooked in the back. Medical evidence determined that she had died as a result of shock and hemorrhage due to one hundred and thirty-two stab wounds, eighteen of which occurred after death. A blood-stained dress was found by the body. It had thirty cuts or holes from which it could have been inferred by the jury that some, but not all, stab wounds were received while she wore the dress and that the dress was removed during the progress of the assault. Three kitchen knives and one knife-blade, some bent and bearing blood stains of Group 'B', the group of the deceased, were found in the apartment. The time of death could not be determined medically but a

[1] (1978), 22 O.R. (2d) 604; 5 C.R. (3d) 324; 44 C.C.C. 267; 94 D.L.R. (3d) 218.

746; *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. DeWolfe* (1976), 31 C.C.C. (2d) 23.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté un appel interjeté par l'appelant déclaré coupable de meurtre suite à un procès devant un juge et jury. Pourvoi rejeté.

Morris Manning, c.r., pour l'appelant.

Douglas J. Ewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève des questions quant à la possibilité d'opposer une défense d'ivresse à une accusation de meurtre au premier degré, portée en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*, lorsque l'infraction sous-jacente pendant la perpétration de laquelle la mort est survenue est un attentat à la pudeur sur une personne du sexe féminin. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré par un juge et un jury et l'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. Le présent pourvoi est formé sur autorisation de cette Cour.

Le soir du 20 septembre 1976, la police est entrée dans l'appartement de feue Mary McKenna et a trouvé son cadavre dans la chambre à coucher, à plat ventre, par terre. Le cadavre ne portait qu'une culotte, un collant et un soutien-gorge. Les bretelles du soutien-gorge étaient baissées, mais il était encore agrafé dans le dos. La preuve médicale a établi que la victime est décédée des suites du choc et des hémorragies consécutives à cent trente-deux coups de couteaux, dont dix-huit ont été infligés après le décès. On a trouvé une robe tachée de sang près du cadavre. Elle portait trente entailles ou trous qui pouvaient permettre au jury de conclure que certains des coups de couteaux, mais pas tous, avaient été donnés pendant qu'elle portait la robe qui lui a été enlevée pendant le déroulement de l'attentat. On a retrouvé dans le logement trois couteaux de cuisine et une lame de couteau dont certains étaient tordus et tachés de sang du groupe «B» qui est le groupe sanguin de la victime.

[1] (1978), 22 O.R. (2d) 604; 5 C.R. (3d) 324; 44 C.C.C. 267; 94 D.L.R. (3d) 218.

woman who occupied the apartment below the deceased gave evidence that at about 2:45 a.m. on September 19 she heard a female crying out: "No, stop it, don't . . .", and also a male voice. She could not distinguish any words spoken by the male voice. A thumb print matching that of the appellant was found on a saucer in the apartment.

The appellant, aged twenty-nine, was an alcoholic. He had spent the afternoon of September 18 drinking with some friends. In the evening he went with them to the Maple Leaf Ballroom in Toronto, and there continued drinking in the bar. Later, after dancing a while, he introduced a woman to some of his friends as Mary. The friends then went their separate ways.

One Karas, a member of the group who went to the dancehall with the appellant, said that the appellant telephoned him at his home about 2:45 a.m. the next morning saying that he was outside a tavern called The Jolly Miller on Yonge Street near York Mills Avenue. He asked if he could sleep at Karas' home. Karas met the appellant with his car and picked him up. He noted that the appellant was then wearing a jacket but no shirt. He said he had ripped his shirt "walking and climbing a fence" and had discarded it. Karas estimated that The Jolly Miller was two and one-half to three miles from 120 Broadway, the deceased's address. At Karas' home the appellant said he had 'picked up' a girl at the Maple Leaf Ballroom. It may be noted here that there was evidence given by a friend of the deceased that she had gone to the dance at the ballroom that evening with the deceased.

On October 8, 1976, the appellant, who had then gone to Edmonton, went to a hospital and told a nurse to have him arrested for killing a woman in Toronto. The Edmonton police after inquiries in Toronto released the appellant, whom they had temporarily detained, because the Toronto police had no record of a killing at the address given by the appellant which was not that of the deceased.

Le moment du décès n'a pu être fixé par expertise médicale, mais une dame qui habite en dessous de chez la victime a témoigné que vers 2h45 le 19 septembre, elle a entendu une femme crier [TRADUCTION] «Non, arrête ça, ne le fais pas . . .» de même qu'une voix d'homme. Elle n'a rien pu comprendre de ce que la voix d'homme disait. On a relevé une empreinte de pouce identique à celle de l'appelant sur une soucoupe dans le logement.

L'appelant, qui avait vingt-neuf ans, était alcoolique. Il avait passé l'après-midi du 18 septembre à boire avec des amis. Dans la soirée, il s'est rendu avec eux au Maple Leaf Ballroom, à Toronto, et a continué à boire au bar. Plus tard, après avoir un peu dansé, il a présenté une femme à quelques-uns de ses amis sous le nom de Mary. Ses amis l'ont alors laissé.

Un nommé Karas, qui faisait partie du groupe de ceux qui s'étaient rendus avec l'appelant à la salle de danse, a déclaré que ce dernier l'a appelé au téléphone vers 2h45, le lendemain matin, et lui a dit être près d'une taverne appelée le Jolly Miller, rue Yonge, près de l'avenue York Mills. L'appelant a demandé à Karas s'il pouvait aller coucher chez lui. Karas est allé chercher l'appelant en voiture et l'a ramené. Il a remarqué que l'appelant portait un blouson, mais pas de chemise. L'appelant a dit avoir déchiré sa chemise [TRADUCTION] «en sautant une clôture au cours d'une marche» et l'avoir jetée. Karas a estimé que le Jolly Miller se trouvait à deux milles et demi ou trois milles du 120 Broadway où demeurait la victime. Rendu chez Karas, l'appelant a dit qu'il avait [TRADUCTION] «accroché» une fille au Maple Leaf Ballroom. Il y a lieu de souligner ici qu'une amie de la victime a témoigné qu'elle était allée avec cette dernière à la salle de danse ce même soir.

Le 8 octobre 1976, l'appelant, qui s'était alors rendu à Edmonton, s'est présenté à un hôpital et a dit à une infirmière de le faire arrêter pour l'assassinat d'une femme à Toronto. Après vérification à Toronto, les policiers d'Edmonton ont relâché l'appelant qu'ils avaient gardé en détention momentanément, parce que la police de Toronto n'avait trouvé aucun dossier d'homicide correspondant à l'adresse mentionnée par l'appelant qui n'était pas celle de la victime.

The appellant returned to Toronto and, on November 3, 1976, while drinking with a friend, said he had killed the girl at the Maple Leaf Ballroom. Later he telephoned the Lakeshore Psychiatric Hospital in Toronto at about 9:00 p.m. and told the switchboard operator: "I am a killer, I killed someone and I want to talk to someone." He made two further calls repeating his statements. A police constable named Fisher who was on duty at the hospital heard the third conversation. On that occasion arrangements were made to have the appellant see one of the doctors. At 11:30 p.m. the appellant was driven to the hospital where he spoke with Constable Fisher and a Doctor Slezak. He said: "I think I have murdered a Mary McKinnon." In reply to questions, he said he had met her at the Maple Leaf Ballroom and, "I want a top psychiatrist with me when I say this." The police officer said that Dr. Slezak was a psychiatrist and the appellant then continued:

She invited me to her apartment. She went to the kitchen. She opened the drawer, she had knives, kitchen knives. I was standing by the wall. When she opened the drawer there was a flash. I picked up a knife and followed her, I was a robot. I stuck it in her. She fell into the bedroom.

He continued, saying: "I want to speak to a psychiatrist about the fact when she opened the drawer, about the flash." He remembered walking down Yonge Street, apparently on his way home, and said that he had no blood on his hands. He described how he had heard news broadcasts the next day and later he read about the killing. Two other officers arrived at about that time and the appellant made further statements. He said:

I want to talk about the drawer in the kitchen. I was drunk. My feet was giving out from me. This girl said Roman you're drunk. You should leave. The drawer thing drives me nuts. I don't know why she opened the drawer.

It was a flash that hit me, saw the knives, she was getting ready for bed. I went to the bar, had a couple of vodka, she opened the drawer in the kitchen. I read in the newspaper she was stabbed twenty-six times and

L'appelant est revenu à Toronto et, le 3 novembre 1976, en prenant une consommation avec un ami, il lui a dit avoir tué la fille du Maple Leaf Ballroom. Plus tard, il a appelé l'hôpital psychiatrique Lakeshore, à Toronto, vers 21h, et a dit à la standardiste: [TRADUCTION] «Je suis un assassin, j'ai tué une personne et je veux parler à quelqu'un.» Il a appelé deux autres fois et répété sa déclaration. Un agent de police, nommé Fisher, qui était de garde à l'hôpital, a entendu la troisième conversation. Des dispositions ont alors été prises pour que l'appelant voie un médecin. A 23h30 le même soir, l'appelant a été conduit à l'hôpital où il s'est entretenu avec l'agent Fisher et le docteur Slezak. Il a dit: [TRADUCTION] «Je crois que j'ai assassiné une nommée Mary McKinnon.» Interrogé, il a répondu qu'il avait fait sa connaissance au Maple Leaf Ballroom et il a ajouté [TRADUCTION] «Je veux être accompagné d'un grand psychiatre pour faire ma déclaration.» L'agent de police lui a alors affirmé que le Dr Slezak était psychiatre et l'appelant a poursuivi:

[TRADUCTION] Elle m'a invité à son appartement. Elle est allée à la cuisine. Elle a ouvert le tiroir, elle avait des couteaux, des couteaux de cuisine. Je me tenais près du mur. Quand elle a ouvert le tiroir, il y a eu un éclair. J'ai pris un couteau et je l'ai suivie, j'étais un robot. Je le lui ai planté dans le corps. Elle est tombée dans la chambre à coucher.

Il a poursuivi en disant: [TRADUCTION] «Je veux parler à un psychiatre à propos de ce qui s'est produit quand elle a ouvert le tiroir, à propos de l'éclair.» Il s'est souvenu avoir marché sur la rue Yonge, probablement pour retourner chez lui, et il a dit qu'il n'avait pas de sang sur les mains. Il a raconté qu'il avait entendu les nouvelles le lendemain et lu le journal plus tard à propos de l'homicide. Deux autres agents sont arrivés vers ce moment-là et l'appelant a poursuivi sa déclaration. Il a dit:

[TRADUCTION] Je veux parler du tiroir de la cuisine. J'étais ivre. Mes jambes ne me portaient plus. La fille a dit: Roman tu est ivre; tu devrais t'en aller. L'incident du tiroir me rend fou. Je ne sais pas pourquoi elle a ouvert le tiroir.

C'est un éclair qui ma frappé, j'ai vu les couteaux, elle se préparait à aller se coucher. Je suis allé au bar, j'ai pris quelques vodkas, elle a ouvert le tiroir de la cuisine. J'ai lu dans le journal qu'elle a été poignardée à vingt-

throat was cut. I think this is what happened, put this in your book. I want to find out why I did it, that was the major thing when she opened the drawer, I turned robot, waves from outer space, I took a knife, put it to my side. I remember so vivid, I walked home, York Mills near Jolly Miller. She looked at me, I lifted up my hand, I struck her. I walked out of the kitchen with object in my hand. She was standing in the doorway, maybe bedroom. I followed her, struck her, yelled my name 'Roman'. I was a robot, I made sure I had no blood on me.

six reprises et égorgée. Je crois que c'est ce qui s'est produit, notez-le dans votre calepin. Je veux comprendre pourquoi je l'ai fait, ce qui compte c'est que quand elle a ouvert le tiroir je suis devenu un robot, des ondes venant de l'espace, j'ai pris un couteau, je l'ai mis à côté de moi. Je me souviens si nettement, je suis retourné chez moi, par York Mills près du Jolly Miller. Elle m'a regardé, j'ai levé la main et je l'ai frappée. Je suis sorti de la cuisine avec quelque chose dans la main. Elle était debout dans l'entrée, peut-être de la chambre à coucher. Je l'ai suivie, je l'ai frappée, elle a crié mon nom «Roman». J'étais un robot, je me suis assuré que je n'avais pas de sang sur moi.

On Saturday, November 6, 1976, the police had a further conversation with the appellant in which he referred to earlier incriminating statements as fantasy. He was then cautioned and he gave a lengthy statement which is summarized, as follows:

Le samedi 6 novembre 1976, la police a eu un nouvel entretien avec l'appelant au cours duquel il a qualifié sa déclaration incriminante des jours précédents d'imaginaire. Il a alors été mis en garde et il a fait une déclaration élaborée qui peut se résumer comme ceci:

The Appellant went with his friends from Karas' house to the Maple Leaf Ballroom, arriving at around 10:00 p.m. He danced with a number of girls, and left alone, around 12:00 midnight. He recalled walking and being around Yonge St. and York Mills; he thought he recalled seeing the Jolly Miller. He remembered reading the sign.

He recalled walking on Yonge St. and missing a bus; the only thing he remembered after that was walking down Bathurst Street and opening the front door of his house.

On Monday night he heard on the radio that a woman had been murdered. On Tuesday he read an account of the killing in the newspaper. The newspaper account stated where the victim lived, gave her name and age, and also showed a picture of her.

The C.B.C. News on television had a film clip which showed part of the bedroom and living-room in the deceased's apartment.

Another article in the newspaper said that she had not been sexually molested and that she was in her night clothes. The newspaper account said the victim had been stabbed twenty-six times, and her throat was cut.

A friend of his had committed himself to the Lakeshore Hospital and this is what he thought "triggered" his going to the hospital. He started his "murder routine" that day with Seymour Grosser. He remembered telling Seymour about "doing the girl in" from the Maple Leaf.

[TRADUCTION] L'appelant est parti de chez Karas avec des amis pour se rendre au Maple Leaf Ballroom, où il est arrivé vers 22h. Il a dansé avec plusieurs filles et est reparti seul vers minuit. Il se souvient d'avoir marché et de s'être trouvé aux environs de l'intersection des rues Yonge et York Mills; il croit se rappeler avoir vu le Jolly Miller. Il se souvient d'avoir vu l'enseigne.

Il s'est rappelé avoir marché sur la rue Yonge et avoir manqué l'autobus; la seule chose dont il s'est souvenu par la suite c'est de s'être trouvé rue Bathurst et d'être rentré chez lui par la porte de devant.

Le lundi soir il a entendu à la radio qu'une femme avait été assassinée. Le mardi il a lu le récit de l'homicide dans le journal. Le récit du journal indiquait l'adresse de la victime, son nom, son âge et en présentait une photographie.

Le téléjournal de C.B.C. a présenté une séquence filmée qui montrait une partie de la chambre à coucher et du salon de l'appartement de la victime.

Un autre article du journal mentionnait que la victime n'avait pas été victime d'un attentat à la pudeur et qu'elle était en vêtements de nuit. L'article du journal mentionnait que la victime avait été poignardée à vingt-six reprises et qu'elle avait eu la gorge tranchée.

Un de ses amis s'était livré à l'hôpital Lakeshore et c'est ce qui a «provoqué», pense-t-il, sa décision d'aller à l'hôpital. Ce jour-là, il a commencé à raconter «son histoire de meurtre» à Seymour Grosser. Il se rappelle avoir dit à Seymour qu'il avait «fait son affaire» à la fille du Maple Leaf.

He phoned four times to the hospital and said he was a murderer, and the girl wanted to put him through to a doctor.

He was merely playing a role when he told the officers at the hospital about killing a girl.

Upon being reminded by Staff-Sergeant Newsome that he had told the officers how he had stabbed the girl, and where, the Appellant said: "I recall the Jolly Miller, the waves from outer space. I don't know. I should have been given a typewriter. I could have written a 200-page film script."

Il a téléphoné quatre fois à l'hôpital pour dire qu'il était un meurtrier et l'employée a voulu lui faire voir un médecin.

Il ne faisait que jouer un rôle quand il a raconté aux agents de police à l'hôpital qu'il avait tué une fille.

Quand le sergent d'état-major Newsome lui a fait remarquer qu'il avait dit aux agents comment il avait poignardé la fille et où, l'appelant a répondu: «Je me rappelle le Jolly Miller, les ondes venues de l'espace. Je ne sais pas. On aurait dû m'apporter une machine à écrire. J'aurais pu écrire un scénario de film de 200 pages.»

After he had signed this statement the appellant gave the police his fingerprints. He was arrested and cautioned on a charge of first degree murder. He was then told that his fingerprints matched the print which had been found on a saucer in the deceased's apartment. To this he replied: "That's incredible. That's incredible. I am convinced now that I did do it." He then said, "What is first degree murder?" The police officer answered: "First degree murder is when a female person is killed while being sexually attacked or an attempt is made to sexually attack her." The appellant replied: "I didn't sexually violate her." It may be noted here that medical evidence indicated that no sexual intercourse with the deceased had occurred. The police officer then asked the appellant if he wished to tell him anything about the matter, to which the appellant replied: "Give me a couple of minutes, that fingerprint has got my head going." Shortly afterwards, he gave a second statement, which can be summarized in this fashion:

Après avoir signé cette déclaration, l'appelant a donné ses empreintes digitales à la police. Il a été mis en état d'arrestation sur une accusation de meurtre au premier degré et mis en garde. On lui a alors dit que ses empreintes digitales étaient identiques à celle relevée sur une soucoupe dans l'appartement de la victime. Ce à quoi il a répondu: [TRADUCTION] «C'est incroyable, c'est incroyable. Je suis sûr maintenant que je l'ai vraiment fait.» Il a alors ajouté: [TRADUCTION] «Qu'est-ce qu'un meurtre au premier degré?» L'agent de police a répondu: [TRADUCTION] «Il y a meurtre au premier degré quand une personne de sexe féminin est tuée au cours d'un attentat sexuel ou d'une tentative d'attentat sexuel sur sa personne.» L'appelant a rédondu: [TRADUCTION] «Je ne l'ai pas violée.» Il y a lieu de souligner que selon la preuve médicale, il n'y avait pas eu de rapports sexuels avec la victime. L'agent de police a alors demandé à l'appelant s'il voulait lui dire quelque chose sur l'affaire et l'appelant lui a répondu: [TRADUCTION] «Accordez-moi quelques minutes. Cette histoire d'empreinte m'a chaviré.» Peu après, il faisait une seconde déclaration, qui peut se résumer de la façon suivante:

He could not understand why it was first degree murder, because she was not sexually molested. He met a girl at the Maple Leaf Ballroom. They had talked for about an hour. She said she was looking for a meaningful relationship, and he told her that he was looking for the same thing. He suggested going to her place. She wanted to go to his place, but he talked her into going to her place. Before leaving he had two more "shots" of vodka. They flagged a cab; he didn't know where they were going; she gave the directions.

[TRADUCTION] Il ne pouvait comprendre pourquoi c'était un meurtre au premier degré parce qu'elle n'avait pas subi d'attentat sexuel. Il a rencontré une fille au Maple Leaf Ballroom. Ils ont bavardé pendant environ une heure. Elle lui a dit qu'elle cherchait une relation sérieuse et il lui a dit qu'il cherchait la même chose. Il a suggéré d'aller chez elle. Elle voulait aller chez lui, mais il l'a finalement convaincue d'aller chez elle. Avant de partir, il a pris deux autres «coups» de vodka. Ils ont hélé un taxi; il ne savait pas où ils allaient; c'est elle qui a indiqué la route.

They talked, he couldn't say for how long; she made coffee. She was preparing to go to bed, and hinting that he should leave. He was sitting on a couch in the living-room. The next thing he remembered, they were both in the kitchen, perhaps she was washing something. She opened a kitchen drawer to get something. He saw some knives, and she left the kitchen. He took one of the knives and followed her out of the kitchen towards the door of the closet at the end of the hall, where the bathroom is. He struck out at her with the knife. His hand "sort of went into a pump action"; he stabbed her in the side, the stomach and the chest. They sort of fell into the bedroom. He continued to stab her until she lay motionless.

Ils ont causé, il ne pourrait dire combien de temps, elle a fait du café. Elle s'apprêtait à aller au lit et lui a fait comprendre qu'il devait partir. Il était assis sur un divan dans le salon. Son souvenir suivant est qu'ils étaient tous les deux dans la cuisine, peut-être qu'elle lavait quelque chose. Elle a ouvert un tiroir dans la cuisine pour y prendre quelque chose. Il y a vu des ccuteaux et elle est sortie de la cuisine. Il a pris un des couteaux et l'a suivie hors de la cuisine vers la porte du placard au bout du corridor où se trouve la salle de bains. Il l'a frappée avec le couteau. Sa main a «comme fait un mouvement de piston»; il l'a poignardée au côté, à l'abdomen, à la poitrine. Ils sont comme tombés dans la chambre à coucher. Il a continué à la poignarder jusqu'à ce qu'elle soit inerte.

Something happened in the kitchen when she opened the drawer with the knives. The opening of the drawer "triggered off" something. There was "sort of a flash of light" and a glare; something weird which he just did not understand. It was as if he "was transferred from a human being into a robot". When his hand reached for the knife, he felt no motion, and it was "as if (he) had no senses". It was as if he "was obeying some sort of command".

Quelque chose s'est produit dans la cuisine au moment où elle a ouvert le tiroir qui contenait les couteaux. L'ouverture du tiroir a «déclenché» quelque chose. Il y a eu «une espèce d'éclair» et de clarté; quelque chose d'étrange qu'il n'a simplement pas compris. C'était comme s'il «était passé de l'état d'être humain à celui de robot». Quand il a pris le couteau en main, il n'a pas eu conscience de bouger et c'était «comme s'il n'avait plus de sensation». C'était comme s'il «obéissait à une force quelconque».

He held the knife in his hand "and like a robot" his "hand just reached out and plunged into her". His hand "just became like a pump". She called out his name when they fell into the bedroom. The first knife that he used broke in the bedroom. He got up, went to the kitchen, got another knife, returned to the bedroom and repeated the process. He did not know what happened to that knife, but he went to the kitchen and got a third knife. He continued to stab her with the third knife; she was motionless by this time. He got up; he felt "weird". He had nothing against her; she was a good person. He could not understand why this happened. He took the knives with him and "got rid of them" in a sewer and some garbage cans in the area.

Il tenait le couteau à la main «et comme un robot» «il l'a projeté en avant et plongé en elle». Sa main «était simplement devenue comme un piston». Elle a crié son nom à lui quand ils sont tombés dans la chambre à coucher. Le premier couteau qu'il a utilité s'est brisé dans la chambre à coucher. Il s'est levé, est allé à la cuisine chercher un autre couteau, il est revenu à la chambre à coucher et a recommencé l'opération. Il ne sait pas ce qui est advenu de ce couteau, mais il est allé à la cuisine en chercher un troisième. Il a continué à la poignarder avec le troisième couteau; elle était inerte à ce moment-là. Il s'est relevé et il s'est senti «étrange». Il n'avait aucun ressentiment envers elle, c'était une personne gentille. Il ne pouvait comprendre pourquoi cela s'était produit. Il a emporté les couteaux et «s'en est débarrassé» dans un égout et dans des poubelles des environs.

He didn't know where he was and wandered around. He thought there was some blood on his hands. He was walking in circles, and made his way to Yonge St. and York Mills. He walked home from there.

Il ne savait pas où il se trouvait et il a erré dans le secteur. Il a cru qu'il avait du sang sur les mains. Il tournait en rond et il a abouti à l'intersection des rues Yonge et York Mills. De là, il est rentré chez lui à pied.

He awoke the next morning about 11:30 with a feeling that he had stabbed someone the night before. He said to himself that it wasn't possible; maybe it is one of these guilt feelings. He was hoping that the images he had in his mind were just a nightmare. He read the newspapers, and listened to the news, and felt relieved

Il s'est réveillé dans la matinée, vers 11h30, avec le sentiment d'avoir poignardé quelqu'un la nuit précédente. Il s'est dit que ce n'était pas possible; qu'il s'agissait probablement d'un de ces sentiments de culpabilité. Il espérait que les images qui lui venaient en tête n'étaient rien de plus qu'un cauchemar. Il a lu les

when there was nothing mentioned. On Monday, he heard on the radio that they had found a body; when it was announced that it was the body of a man, he felt relieved because in his "flashbacks" it was a woman. He froze when there was a further announcement that they had found the body of a woman on Mount Pleasant and Eglinton. In a way, "the guilt came back", but he felt relieved because he was positive that the woman lived on Sheppard, between Bathurst and Yonge. On Tuesday, there was a picture of the woman in the paper; the article said her age was 37, but the woman told him her age was 31.

The name Mary stuck in his mind and that bothered him. On Tuesday night there was a news broadcast which showed the apartment where the body was found. It was a basement apartment, and he had recalled entering an elevator in the apartment building, and either going down or up. It was announced that she had been at the Maple Leaf Ballroom, and his "guilt feeling overtook" him that it was probably him.

A composite picture of the suspect was published on Thursday. The picture didn't look at all like him and, after seeing the picture he felt that he didn't do it; that it was a product of his imagination, and he began to convince himself that he didn't do it. He had to do this because of the intolerable struggle between his feeling of guilt and his feeling that he wasn't guilty. The "guilt" finally overtook him, and he went to the hospital to surrender, but after questioning by detectives, they let him go. He began to think that maybe he didn't do it. The one thing that would convince him was his fingerprints, and that's why he voluntarily gave them. That was the last piece of evidence that he needed.

When asked for an explanation as to why more than one knife was used, he replied: "I think one knife broke and the other one bent". He agreed to go to the apartment with the detectives and show them where the "incident" occurred, and then said, "although everything adds up, I don't feel 100% guilty".

The appellant gave evidence at trial. He said he was intoxicated when he went to the Maple Leaf Ballroom, and he drank more after his arrival. He met a woman and he agreed to leave the ballroom and go to her apartment. All he could remember was standing in a room which must have been the kitchen. He was about to leave. His knees buckled, a drawer opened, there was a bright glare or flash

journaux et écouté les nouvelles et il s'est senti soulagé en constatant qu'on ne parlait de rien. Le lundi, il a entendu à la radio qu'on avait découvert un cadavre, mais quand on a annoncé qu'il s'agissait d'un cadavre d'homme, il a été soulagé puisque dans ses «retours en arrière» il s'agissait d'une femme. Il s'est figé quand, dans un autre bulletin, on a indiqué avoir trouvé le cadavre d'une femme rues Mount Pleasant et Eglinton. D'une certaine façon, «la culpabilité était revenue», mais il se sentit soulagé parce qu'il était convaincu que la fille habitait rue Sheppard entre les rues Bathurst et Yonge. Le mardi, on a publié la photographie de la victime dans le journal; l'article mentionnait qu'elle avait 37 ans, mais la femme lui avait dit qu'elle avait 31 ans.

Le prénom Mary le hantait et il en était troublé. Le mardi soir, le téléjournal a montré l'appartement où le cadavre avait été trouvé. Il s'agissait d'un sous-sol et il se rappelait être entré dans un ascenseur dans l'immeuble et d'être descendu ou monté. On a dit qu'elle était allée au Maple Leaf Ballroom; le sentiment de culpabilité l'a persuadé que c'était probablement lui.

Le jeudi on a publié un portrait robot du suspect. Le portrait ne lui ressemblait pas du tout et, l'ayant vu, il a eu le sentiment que ce n'était pas lui, que c'était le fruit de son imagination et il a commencé à se convaincre que ce n'était pas lui. Il devait se comporter de la sorte à cause du conflit intolérable entre le sentiment de culpabilité qu'il avait et celui de ne l'avoir pas fait. La «culpabilité» l'a finalement envahi et il est allé à l'hôpital pour se livrer, mais après avoir été interrogé par les inspecteurs, ils l'ont laissé aller. Il a commencé à croire que ce n'était peut-être pas lui. L'élément qui le convaincrait était ses empreintes et c'est la raison pour laquelle il les a fournies volontairement. C'était l'ultime élément de preuve dont il avait besoin.

Quand on lui a demandé d'expliquer pourquoi il s'était servi de plus d'un couteau, il a répondu: «Je crois qu'un des couteaux s'est brisé et que l'autre s'est tordu.» Il a consenti à aller à l'appartement avec les inspecteurs et à leur indiquer où l'«incident» s'était produit. Il a alors dit: «même si tout concorde, je ne me sens pas coupable à cent p. cent».

L'appelant a témoigné au procès. Il a déclaré qu'il était ivre quand il s'est rendu au Maple Leaf Ballroom et qu'il avait continué à boire une fois rendu là. Il a fait la rencontre d'une femme et il a convenu de quitter la salle de danse et d'aller chez elle. Tout ce dont il a pu se souvenir c'est de s'être tenu debout dans une pièce qui devait être la cuisine. Il était sur le point de partir. Le sol se

of light. That was the last thing he remembered until he was walking on York Mills Road and saw 'The Jolly Miller' sign. He remembered phoning Karas. He said, on awakening the next morning, he had no feeling that he was responsible for the death but he felt he must have done something wrong. He explained the events in Edmonton as "drunkenness". He told the police on November 6 that the deceased was not sexually molested because he had read that in the newspaper. He said the statement of November 6 was what he recalled up to the point when he mentioned that he and the girl spoke together. Thereafter, he said that he was creating a script. He was speculating on what might have happened. His statement resulted from facts which he recalled, speculation based on news reports he had read and heard, information which he said was manipulated into his mind by the police, and his own habit of dramatization.

Expert evidence was adduced as to the blood alcohol levels that could have been attained by the appellant on the assumption that he had consumed the large amounts of alcohol he claimed, and on the effect such consumption would have on his physical activity, mental capacity and judgment. The evidence was such that the jury would be able to infer that the appellant was highly intoxicated during that evening. This evidence was reviewed fairly by the trial judge in his charge to the jury and needs no further recitation here.

The matters in issue in this appeal were expressed differently by opposing counsel in their factums. The main points of significance raised and argued before this Court are embraced in the following questions:

1. What are the mental elements which must be shown for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*?

2. Can evidence of drunkenness be taken into consideration in determining whether the mental elements required for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code* have been shown?

dérobait, un tiroir s'est ouvert, il y a eu un éclat aveuglant ou un éclair. C'est la dernière chose dont il se souvient avant de se retrouver rue York Mills et de voir l'enseigne du «Jolly Miller». Il se souvient d'avoir téléphoné à Karas. Il a déclaré qu'en s'éveillant au matin, il n'a pas eu le sentiment d'être responsable du décès, mais celui d'avoir fait quelque chose de mal. Il a expliqué l'incident d'Edmonton par «l'ivresse». Il a dit à la police, le 6 novembre, que la victime n'avait pas subi d'attentat à la pudeur parce qu'il l'avait lu dans le journal. Il a dit que la déclaration du 6 novembre constituait ce qu'il se rappelait jusqu'au point où il mentionne que la fille et lui ont bavardé ensemble. Ce qui vient après, il a dit l'avoir inventé, comme un scénario. Il supposait ce qui avait pu se passer. Sa déclaration découle de faits dont il se souvenait, de conjectures fondées sur les reportages qu'il avait lus ou entendus et sur des renseignements qui, dit-il, ont été instillés dans son esprit par la police et par sa propre habitude de dramatiser.

On a présenté des témoignages d'experts sur l'alcoolémie possible de l'appelant en présumant qu'il avait consommé la grande quantité d'alcool qu'il a dit avoir consommée et sur les effets qu'une telle consommation aurait eus sur son activité physique, sur sa capacité mentale et sur son jugement. La preuve était telle que le jury aurait pu en déduire que l'appelant était dans un état d'ivresse avancée pendant la soirée en cause. Le juge du procès a analysé équitablement ces témoignages dans son exposé au jury et il est inutile de les reprendre ici.

Les questions en litige dans ce pourvoi ont été formulées différemment par les avocats de chaque partie dans leurs mémoires. Les questions suivantes englobent les points importants qui ont été soulevés et débattus en cette Cour:

1. Quels sont les éléments mentaux à prouver pour établir une déclaration de culpabilité de meurtre fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel*?

2. Peut-on prendre en considération une preuve d'ivresse pour déterminer si les éléments mentaux nécessaires à une déclaration de culpabilité de meurtre fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel* ont été prouvés?

3. Was there error in the trial judge's charge on the applicability of the defence of drunkenness, as it could apply to a charge of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*?

Before dealing with the mental elements required for conviction under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*, the positions of the parties to this appeal must be understood. At trial the Crown took the position that the appellant had committed a murder under s. 212(*a*) of the *Code*, in that he stabbed the deceased with intent to kill or with intent to cause bodily harm which he knew would be likely to cause death and was reckless whether it ensued or not. Alternatively, if the jury had doubts on the appellant's ability to form the required intents under s. 212(*a*) of the *Code*, it was argued that he would be guilty of murder under s. 213(*d*), having used a weapon during the commission of an indecent assault and thereby caused a death, irrespective of his intent. The Crown also took the position that a conviction under either section would amount to first degree murder, by virtue of s. 214(5)(*b*) of the *Code*, because death was caused by the use of a weapon while committing an indecent assault.

No objection was taken before this Court to the trial judge's charge in respect of 212(*a*) of the *Criminal Code*. The principal submissions of the appellant turned on the application of the defence of drunkenness to a charge of murder based on s. 213(*d*). An examination of the mental elements required for a conviction under that section must be made. Section 213 of the *Code* is reproduced in its entirety.

213. Culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit high treason or treason or an offence mentioned in section 52 (sabotage), 76 (piratical acts), 76.1 (hijacking an aircraft), 132 or subsection 133(1) or sections 134 to 136 (escape or rescue from prison or lawful custody), 143 or 145 (rape or attempt to commit rape), 149 or 156 (indecent assault), subsection 246(2) (resisting lawful arrest), 247 (kidnapping and forcible confinement), 302 (robbery), 306 (breaking and entering) or 389 or 390 (arson), whether or not the

3. Y a-t-il eu erreur dans l'exposé du juge au jury sur l'applicabilité de la défense d'ivresse à une accusation de meurtre portée en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*?

Avant d'étudier les éléments mentaux nécessaires à une déclaration de culpabilité fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel*, il faut comprendre le point de vue des parties en l'espèce. Au procès, la poursuite a soutenu que l'appelant avait commis un meurtre au sens de l'al. 212*a*) du *Code*, parce qu'il avait poignardé la victime avec l'intention de causer sa mort ou avec l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. D'autre part, si le jury avait des doutes sur la capacité de l'appelant de former l'intention requise en vertu de l'al. 212*a*) du *Code*, on a fait valoir que l'appelant serait coupable de meurtre au sens de l'al. 213*d*) parce qu'il avait employé une arme pendant qu'il commettait un attentat à la pudeur, et causé la mort, indépendamment de l'intention qu'il avait. La poursuite a aussi soutenu qu'une déclaration de culpabilité fondée sur l'un ou l'autre des articles constituerait un meurtre au premier degré au sens de l'al. 214(5)*b*) du *Code*, parce que la mort résultait de l'utilisation d'une arme pendant la perpétration d'un attentat à la pudeur.

On n'a pas contesté en cette Cour l'exposé du juge au jury au sujet de l'al. 212*a*) du *Code criminel*. Le fond de l'argumentation de l'appelant porte sur l'application de la défense d'ivresse à une accusation de meurtre fondée sur l'al. 213*d*). Il faut examiner quels sont les éléments mentaux requis pour conclure à la culpabilité en vertu de cet article. Voici le texte complet de l'art. 213 du *Code*:

213. L'homicide coupable est un meurtre lorsqu'une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre une haute trahison, une trahison ou une infraction mentionnée aux articles 52 (sabotage), 76 (actes de piraterie), 76.1 (détournement d'aéronef), 132 ou au paragraphe 133(1) ou aux articles 134 à 136 (évasion ou délivrance d'une garde légale), 143 ou 145 (viol ou tentative de viol), 149 ou 156 (attentat à la pudeur), au paragraphe 246(2) (résistance à une arrestation légale), aux articles 247 (enlèvement et séquestration), 302 (vol qualifié), 306 (introduction

person means to cause death to any human being and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being, if

(*a*) he means to cause bodily harm for the purpose of

(i) facilitating the commission of the offence, or

(ii) facilitating his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues from the bodily harm;

(*b*) he administers a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in paragraph (*a*), and the death ensues therefrom;

(*c*) he wilfully stops, by any means, the breath of a human being for a purpose mentioned in paragraph (*a*), and the death ensues therefrom; or

(*d*) he uses a weapon or has it upon his person

(i) during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or

(ii) during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence,

and the death ensues as a consequence.

It is apparent at once that s. 213(*d*) of the *Criminal Code* differs significantly from subss. (*a*), (*b*), and (*c*) of that section. Each of subss. (*a*), (*b*), and (*c*) requires proof of a mental element to procure a conviction of murder: in subs. (*a*), an intent to cause bodily harm for the purpose of facilitating the commission of the underlying offence, or facilitating flight after the commission or attempted commission of the offence; in subs. (*b*), the administration of a stupefying or overpowering thing for a purpose mentioned in subs. (*a*); in subs. (*c*), the wilful stopping of the breath of a human being for a purpose mentioned in subs. (*a*). Subsection (*d*) differs from the others in that it requires only possession or use of a weapon during the commission or attempted commission of the underlying offence, or during or at the time of the flight after committing or attempting the commission of the offence. No mental element is required under subs. (*d*) beyond the minimal intent to use or to have a weapon. The subsection applies, irrespective of any intent to cause death or any knowledge of its likelihood, where an accused, while armed, is shown to have committed or attempted the commission of one of the offences named in the section. It therefore becomes necessary in ascer-

par effraction) ou 389 ou 390 (crime d'incendie), qu'elle ait ou non l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou non qu'il en résultera vraisemblablement la mort d'un être humain.

a) si elle a l'intention de causer des lésions corporelles aux fins

(i) de faciliter la perpétration de l'infraction, ou

(ii) de faciliter sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort résulte des lésions corporelles;

b) si elle administre un stupéfiant ou un soporifique à une fin mentionnée à l'alinéa *a*) et que la mort en résulte;

c) si, volontairement, elle arrête, par quelque moyen, la respiration d'un être humain à une fin mentionnée à l'alinéa *a*) et que la mort en résulte; ou

d) si elle emploie une arme ou l'a sur sa personne

(i) pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou

(ii) au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction,

et que la mort en soit la conséquence.

Il est clair, dès le premier abord, que l'al. 213*d*) du *Code criminel* diffère nettement des al. *a*), *b*) et *c*) de l'article. Chacun des al. *a*), *b*) et *c*) exige la preuve d'un élément mental pour aboutir à une déclaration de culpabilité de meurtre: à l'al. *a*) c'est l'intention de causer des lésions corporelles aux fins de faciliter la perpétration de l'infraction sous-jacente ou de faciliter la fuite après la perpétration ou la tentative de perpétration de l'infraction; à l'al. *b*) c'est l'administration d'un stupéfiant ou d'un soporifique aux fins mentionnées à l'al. *a*); à l'al. *c*) c'est l'arrêt volontaire de la respiration d'un être humain aux fins mentionnées à l'al. *a*). L'alinéa *d*) diffère des autres en ce qu'il ne requiert que la possession ou l'emploi d'une arme pendant la perpétration ou la tentative de perpétration de l'infraction sous-jacente, ou pendant la fuite après la perpétration de l'infraction ou après la tentative de la perpétrer. Aucun autre élément mental n'est requis à l'al. *d*), si ce n'est l'intention minimale d'employer ou d'avoir une arme. L'alinéa s'applique indépendamment de toute intention de causer la mort ou de toute conscience de la possibilité qu'elle en résulte, quand il est prouvé qu'un accusé a perpétré, ou tenté de perpétrer l'une des infractions mentionnées à cet article alors

taining the mental elements required for the establishment of criminal liability, under s. 213(*d*) of the *Code*, to consider the mental elements of the underlying offence, the commission of which calls the section into play, in this case indecent assault. This I consider to be so, for reasons which I will develop later, because in my opinion the mental elements for murder under s. 213(*d*) cannot be less than those required for the commission of the underlying offence which invokes the section.

The law has been settled that an indecent assault is an assault that is committed in circumstances of indecency, or as sometimes described, an assault with acts of indecency. What acts are indecent and what circumstances will have that character are questions of fact that will have to be decided in each case, but the determination of those questions will depend upon an objective view of the facts and circumstances in relation to the actual assault, and not upon the mental state of the accused. This view has been expressed in *R. v. Resener*[2], in the British Columbia Court of Appeal, a case which reviewed various authorities on the subject, and which was referred to with approval by Pigeon J. in this Court in *Leary v. The Queen*[3], at p. 57. This was, as well, the view expressed by Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal. In dealing with this case, he said:

> The definition of "indecent assault", which has long been accepted in England, is an assault accompanied by circumstances of indecency on the part of the accused towards the person assaulted: see *R. v. Leeson* (1968), 52 Cr. App. 185 at p. 187.
>
> In my view, the Canadian and the English law do not differ in this respect. In *R. v. Louie Chong* (1914), 23 C.C.C. 250, the Appellant seized hold of the complainant and offered her money for "an immoral purpose". It was contended on behalf of the Appellant in that case, that an indecent assault is not committed unless the act constituting the assault is itself indecent in its nature; that all that the Appellant did was to take hold of the complainant, and the words used by him did not import indecency into the act. This Court, in affirming the conviction, held that an act which is ambiguous may be interpreted by the surrounding circumstances and the

[2] [1968] 4 C.C.C. 129.
[3] [1978] 1 S.C.R. 29.

qu'il était armé. Il devient donc nécessaire pour déterminer les éléments mentaux requis pour établir la responsabilité pénale, en vertu de l'al. 213*d*) du *Code*, d'examiner les éléments mentaux de l'infraction sous-jacente, dont la perpétration met l'article en jeu, en l'espèce l'attentat à la pudeur. J'estime qu'il en est ainsi pour des motifs que j'exposerai plus loin, parce qu'à mon avis, les éléments mentaux requis pour qu'il y ait meurtre au sens de l'al. 213*d*) ne peuvent pas être moindres que ceux requis pour qu'il y ait perpétration de l'infraction sous-jacente que l'article met en jeu.

Il est reconnu en droit qu'un attentat à la pudeur est un attentat commis dans des circonstances où il y a indécence, ou, comme on l'a parfois exprimé, un attentat accompagné d'actes d'indécence. Quels actes sont indécents et quelles circonstances présentent cette caractéristique sont des questions de fait qu'il faut décider dans chaque cas, mais leur détermination repose sur une appréciation objective des faits et des circonstances par rapport à l'attentat lui-même et non sur l'état mental du prévenu. Cette opinion a été exprimée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. c. Resener* [2], qui passe en revue la jurisprudence sur la question, et le juge Pigeon l'a approuvée en cette Cour dans l'arrêt *Leary c. La Reine* [3] à la p. 57. C'est aussi l'avis exprimé par le juge Martin en Cour d'appel de l'Ontario. Dans la présente affaire, il dit:

> [TRADUCTION] La définition d'«attentat à la pudeur», qui est acceptée depuis longtemps en Angleterre, est celle d'un attentat accompagné de circonstances où il y a indécence de la part du prévenu envers la victime. Voir *R. v. Leeson* (1968), 52 Cr. App. 185, à la p. 187.
>
> A mon avis, le droit canadien et le droit anglais ne diffèrent pas sur cette question. Dans l'affaire *R. v. Louie Chong* (1914), 23 C.C.C. 250, l'appelant avait attaqué la plaignante et lui avait offert de l'argent dans «un but immoral». L'avocat de l'appelant a soutenu, dans cette affaire-là, qu'il n'y a pas d'attentat à la pudeur à moins que l'acte qui constitue l'attentat ne soit lui-même indécent de par sa nature; que tout ce que l'appelant a fait, c'est de saisir la plaignante et les mots qu'il a employés ne confèrent pas un caractère indécent à l'acte. En confirmant la déclaration de culpabilité, cette cour a statué qu'un acte ambigu peut s'interpréter d'après les

[2] [1968] 4 C.C.C. 129.
[3] [1978] 1 R.C.S. 29.

words used by the accused. Middleton, J., speaking for the Court, said at p. 251:—

> "It is in each case a question of fact whether the thing which was done, in the circumstances in which it was done, was done indecently . . ."

and later:

> In any event, the judgment of the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. Resener, supra*, holding that a specific intent to assault indecently is not a necessary element of indecent assault was cited with approval by Pigeon J., delivering the majority judgment of the Supreme Court of Canada in *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, at p. 57, and we must now take the law in this respect to be settled.
>
> The only intent required for indecent assault is the general or basic intent to do the act which, in the circumstances in which it was done, in fact, constitutes an indecent assault. I accept the submission of Mr. Ewart for the Crown, that if the Appellant removed the deceased's dress against her will, that act was capable of being an indecent assault, irrespective of the Appellant's purpose.

It must follow, therefore, that the mental element or intents which must be shown before a conviction of murder under s. 213(*d*) can be obtained, where the underlying offence relied upon by the Crown is indecent assault, is the basic intent to do the acts which, objectively viewed, amount to the indecent assault coupled with the basic or general intent to possess, and in this case to use, a weapon.

The second principal issue concerns the relevance of evidence of intoxication to the question of whether the Crown had established the existence of the mental element or intents required for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*. Contending that such evidence was relevant, counsel for the appellant put his argument on the basis that indecent assault was an offence of specific intent and accordingly the jury should have been charged in respect of murder under s. 213(*d*), as they had been under s. 212(*a*), to the effect that if the evidence of intoxication left the jury in doubt as to the capacity of the appellant to

circonstances et les mots employés par le prévenu. Le juge Middleton, parlant au nom de la Cour, dit à la p. 251:

> «C'est dans chaque cas, une question de fait de savoir si l'acte, dans les circonstances où il est accompli, l'a été de manière indécente . . .»

et plus loin:

> [TRADUCTION] De toute façon, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. v. Resener*, précité, statuant que l'intention spécifique de commettre un attentat à la pudeur n'en est pas un élément essentiel a été approuvé par le juge Pigeon qui a exposé les motifs de la majorité en Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, à la p. 57. Aussi devons-nous considérer le droit comme fixé sur cette question.
>
> La seule intention requise pour qu'il y ait attentat à la pudeur est l'intention générale ou fondamentale d'accomplir l'acte qui, dans les circonstances où il est accompli, constitue en fait un attentat à la pudeur. J'accepte l'argument de Me Ewart, pour la poursuite, selon lequel si l'appelant a enlevé la robe de la victime contre la volonté de cette dernière, cet acte peut constituer un attentat à la pudeur, indépendamment de l'intention de l'appelant.

Il doit donc s'ensuivre que l'élément mental ou l'intention à prouver avant qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au sens de l'al. 213*d*) puisse être prononcée, lorsque l'infraction sous-jacente invoquée par le ministère public est l'attentat à la pudeur, est l'intention fondamentale d'accomplir les actes qui, considérés objectivement, constituent un attentat à la pudeur, assortie de l'intention fondamentale ou générale d'avoir une arme en sa possession et, en l'espèce, de s'en servir.

Le deuxième point important porte sur la pertinence de la preuve d'ivresse par rapport à la question de savoir si la poursuite a prouvé l'existence de l'élément mental ou de l'intention nécessaire à une déclaration de culpabilité de meurtre en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*. Soutenant que cette preuve est pertinente, l'avocat de l'appelant a fondé son argument sur le principe que l'attentat à la pudeur est une infraction qui requiert une intention spécifique et qu'en conséquence, pour le meurtre visé à l'al. 213*d*), le jury aurait dû recevoir des directives analogues à celles qu'il avait reçues à l'égard de l'al. 212*a*), c'est-à-

form the intent to commit an indecent assault, murder would not be shown and they could then convict of manslaughter, if otherwise satisfied that the appellant had caused the death. The effect of the charge given here, it was said, was to eliminate consideration of drunkenness under s. 213(*d*) and deprive the jury of the option to bring in a verdict of guilt on lesser offence of manslaughter. Counsel for the Crown argued that the evidence of intoxication could not be relevant to a charge under s. 213(*d*) of the *Code*, because the defence of drunkenness could have application only in respect of offences of specific intent.

dire que si la preuve d'ivresse laissait un doute aux jurés sur la capacité de l'appelant de former l'intention de commettre un attentat à la pudeur, le meurtre n'avait pas été prouvé et ils devaient rendre un verdict d'homicide involontaire coupable, s'ils étaient par ailleurs convaincus que l'appelant avait causé la mort. Les directives données en l'espèce, a-t-il dit, ont eu pour conséquence d'écarter la possibilité de considérer l'ivresse quant à l'infraction définie à l'al. 213*d*) et d'enlever au jury la possibilité de déclarer l'accusé coupable de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable. Le substitut du procureur général a soutenu que la preuve d'ivresse ne peut être pertinente à une accusation portée en vertu de l'al. 213*d*) du *Code* parce que la défense d'ivresse ne peut s'appliquer que dans le cas d'infractions d'intention spécifique.

In view of the recent decision of this Court in *Leary, supra*, on this branch of the argument it is not necessary to canvass at any length the various authorities on the general application of the defence of drunkenness. Speaking for the majority of the Court (Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.), Pigeon J. said, at p. 57:

> In my view, rape is a crime involving only general intention as distinguished from a specific intention and is therefore a crime in which the defence of drunkenness can have no application.

Vu l'arrêt récent de cette Cour dans l'affaire *Leary*, précitée, sur cet aspect de l'argumentation, il est inutile d'étudier dans le détail la jurisprudence qui porte sur l'application générale de la défense d'ivresse. Le juge Pigeon, au nom de la majorité de la Cour (les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Beetz et de Grandpré) y dit ceci, à la p. 57:

> A mon avis, le viol est un crime qui ne requiert qu'une intention générale, par opposition à une intention spécifique, et c'est en conséquence un crime pour lequel la défense d'ivresse n'est pas recevable.

He reviewed the authorities including *Director of Public Prosecutions v. Beard*[4], *Director of Public Prosecutions v. Majewski*[5] and *R. v. George*[6] and settled the law on this point. The effect of this decision, in my opinion, is to confirm the long-established rule that the defence of drunkenness is available only in cases involving offences requiring proof of a specific intent on the part of the accused. Where an accused person is so affected by intoxication that he is deprived of the mental capacity to form the specific intent required, an essential element of the offence is absent. Because indecent assault is an offence of general or basic

Il a étudié la jurisprudence, notamment les arrêts *Director of Public Prosecutions v. Beard*[4], *Director of Public Prosecutions v. Majewski*[5] et *R. c. George*[6] et il a arrêté le droit sur la question. L'effet de cet arrêt est, à mon avis, de confirmer la règle qui prévaut depuis longtemps selon laquelle la défense d'ivresse n'est recevable que dans les cas d'infractions qui requièrent la preuve d'une intention spécifique de la part de l'accusé. Lorsque l'accusé est dans un état d'ivresse tel qu'il n'a pas la capacité mentale de former l'intention spécifique requise, il manque un élément essentiel de l'infraction. Parce que l'attentat à la pudeur est

[4] [1920] A.C. 479.
[5] [1976] 2 All E.R. 142.
[6] [1960] S.C.R. 871.

[4] [1920] A.C. 479.
[5] [1976] 2 All E.R. 142.
[6] [1960] R.C.S. 871.

intent, the defence of drunkenness cannot apply where a person is charged with that offence.

The appellant argued in the alternative that even accepting the proposition that indecent assault ordinarily requires only proof of a general or basic intent, when the offence is relied upon by the Crown to justify a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*, different considerations arise and evidence of drunkenness is relevant to the issue of guilt under that section. Martin J.A., in the Court of Appeal, described the submission in these words:

> Mr. Manning's final submission on this branch of his argument is much more cogent. It is this: Accepting the law to be that voluntary or self-induced intoxication cannot negative the general intent, which constitutes the only mental element required for indecent assault, the rule is one of policy which has no application to the offence of first degree murder where, as here, proof that the accused committed an indecent assault on the victim is essential to constitute the crime of murder.

It must be borne in mind that in this case the appellant was charged, not with indecent assault, but with first degree murder. The indecent assault must be proved as an essential element of the crime charged, but it is only the underlying offence that brings into operation the provisions of s. 213(*d*), which makes the subsequent death murder, the offence with which this case is concerned.

In very early times, murder was simply the killing of a human being and no proof of any particular intention was required. This stark concept, however, soon became softened and to procure a conviction for murder it became necessary to show, not only a killing, but in addition a mental element referred to as 'malice aforethought'. This expression, at least in modern usage, is misleading, but it has come to be a comprehensive term to describe the various forms of *mens rea* or the various mental elements which must be present to justify a conviction for murder. The term is dealt with in Kenny's *Outlines of Criminal Law* (1902), at p. 132:

une infraction d'intention générale ou fondamentale, la défense d'ivresse n'est pas recevable lorsqu'un prévenu en est accusé.

L'appelant a soutenu subsidiairement, que même si l'on accepte l'énoncé que l'attentat à la pudeur n'exige ordinairement qu'une preuve d'intention générale ou fondamentale, lorsque la poursuite invoque cette infraction pour obtenir une déclaration de culpabilité de meurtre en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*, d'autres éléments entrent en considération et la preuve de l'ivresse est pertinente à la question de culpabilité fondée sur cet article. En cour d'appel, le juge Martin a décrit cet argument dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] La dernière prétention de Me Manning sur cet aspect de son argumentation est beaucoup plus convaincante. La voici: si l'on admet que la règle veuille que l'ébriété volontaire ne puisse écarter l'intention générale, qui constitue le seul élément mental requis dans l'attentat à la pudeur, c'est une règle qui ne s'applique pas au crime de meurtre au premier degré lorsque, comme en l'espèce, la preuve que l'accusé a commis un attentat à la pudeur est essentielle pour qu'il y ait meurtre.

Il faut se rappeler qu'en l'instance, l'appelant est accusé, non pas d'attentat à la pudeur, mais de meurtre au premier degré. L'attentat à la pudeur doit être prouvé comme élément essentiel de l'infraction imputée, mais ce n'est que l'infraction sous-jacente qui fait entrer en jeu l'al. 213*d*), qui fait un meurtre du décès qui en résulte, le meurtre étant ici l'infraction en cause.

Il y a fort longtemps, le meurtre était simplement le fait de tuer un être humain et il n'était pas nécessaire de prouver une intention particulière. La rigidité du concept s'est toutefois adoucie très tôt et il est devenu nécessaire, pour obtenir une déclaration de culpabilité de meurtre, de prouver non seulement l'homicide, mais aussi un élément mental appelé «malice intentionnelle» (*malice aforethought*). Cette expression, au moins dans le langage contemporain, porte à confusion, mais elle a servi à désigner de façon générale les diverses formes de *mens rea* ou les différents éléments mentaux qui doivent exister pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Voici ce qu'en dit l'ouvrage de Kenny, *Outlines of Criminal Law* (1902), à la p. 132:

(5) *Malice aforethought.* The preceding elements in the definition of murder are common to all forms of criminal homicide; but this fifth point is the distinctive attribute of those homicides that are murderous. When, as we have seen, the legislature determined to take away the "benefit of clergy" from the most heinous cases of homicide, it adopted the already familiar notion of "malice aforethought" (*malitia praecogitata*) as the degree of wickedness which should deprive a homicidal "clerk" of his ancient right to escape capital punishment. The phrase is still retained in the modern law of murder; but both the words in it have lost their original meanings. For the forensic experience of successive generations brought into view many cases of homicide in which there had been no premeditated desire for the death of the person slain, yet which seemed heinous enough to deserve the full penalties of murder. These accordingly, one after another, were brought within the definition of that offence by a wide judicial construction of its language. Hence a modern student may fairly regard the phrase "malice aforethought" as now a mere arbitrary symbol. It still remains a convenient comprehensive term for including all the very various forms of *mens rea* which are so heinous that a homicide produced by any of them will be a murder.

Similar statements are to be found in the writings of both early and modern writers on the common law. See, for example, Stephen's *Commentaries* (2d) Vol. 4, at p. 143; Blackstone's *Commentaries on the Law of England*, 4 Bl. Comm. 198; and the words of Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 204:

How is murder defined?

The classic definition of murder is that of Sir Edward (Chief Justice) Coke, though its antiquated wording requires careful glossing.

> 'Murder is when a man . . . unlawfully killeth . . . any reasonable creature *in rerum natura* under the king's peace, with malice aforethought, either expressed by the party, or implied by law, so as the party wounded, or hurt, etc. die of the wound, or hurt, etc. within a year and a day after the same.'

'Any reasonable creature' means any human being (a demented person being protected), and '*in rerum natura*' (in being) excludes the unborn child. 'Under the king's peace' covers everyone except the enemy killed in operations of war.

How are murder and manslaughter distinguished?

[TRADUCTION] (5) *Malice intentionnelle.* Les éléments précédents de la définition du meurtre sont communs à toutes les formes d'homicide coupable; mais ce cinquième élément est une caractéristique distinctive des homicides qui sont des meurtres. Quand, nous l'avons déjà vu, le législateur a voulu retirer le «privilège du clergé» aux cas d'homicide les plus odieux, il s'est servi de la notion déjà connue de «malice intentionnelle» (*malitia praecogitata*) comme le degré de malice qui ferait perdre à un «clerc» homicide le droit ancien qu'il avait de pouvoir échapper à la peine capitale. L'expression est encore employée dans le droit contemporain relatif au meurtre, mais elle a perdu sa signification originale. En effet, l'expérience judiciaire des générations successives a donné lieu à plusieurs cas d'homicide où il n'y avait pas eu de volonté préméditée de causer la mort de la victime, tout en étant suffisamment odieux pour entraîner la totalité des peines prévues pour le meurtre. Ils ont donc été, l'un après l'autre, englobés dans la définition de cette infraction par une interprétation judiciaire large de ses termes. En conséquence, un étudiant contemporain peut à juste titre considérer l'expression «malice intentionnelle» comme une simple expression conventionnelle. Il s'agit cependant toujours d'un terme général utile pour désigner les différentes formes de *mens rea* qui sont si odieuses qu'un homicide auquel l'une d'elles a présidé est un meurtre.

On trouve des textes dans le même sens dans les écrits des auteurs anciens et modernes de *common law.* Voir, par exemple, Stephen, *Commentaries* (2d) vol. 4, à la p. 143; Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, 4 Bl. Comm. 198 et l'énoncé de Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), à la p. 204:

[TRADUCTION] Quelle et la définition de meurtre?

La définition classique de meurtre est celle qu'a formulée le juge en chef sir Edward Coke, bien que sa formulation surannée exige un commentaire élaboré.

> «Il y a meurtre quand une personne . . . cause la mort . . . d'une créature raisonnable *in rerum natura* soumise à la paix du roi, avec malice intentionnelle, qu'elle soit exprimée par l'auteur ou présumée par la loi, de sorte que la partie blessée ou lésée, etc. meurt de la blessure ou de la lésion, etc. dans l'an et jour qui suivent.»

«Une créature raisonnable» signifie tout être humain (une personne démente est protégée) et «*in rerum natura*» (en existence) exclut l'enfant à naître. «Soumis à la paix du roi» s'applique à tous sauf aux ennemis tués dans des actes de guerre.

Comment distingue-t-on le meurtre de l'homicide involontaire coupable?

The requirements for both are the same except in respect of the fault element and mitigating circumstances. Murder requires, positively, the mental element traditionally known as 'malice aforethought', and, negatively, the absence of certain mitigating circumstances that would turn the case into one of manslaughter.

This principle has been carried forward into the law of Canada: see *R. v. Graves* [7], where Graham, E.J., of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, referred to malice aforethought in these words, at p. 44:

The meaning of "malice aforethought" in its legal sense may be learned from the report of the eminent commissioners who prepared the Draft Code of England, from which the Canadian Criminal Code is copied, viz., Lord Blackburn, and Barry, Lush, and Fitzjames Stephen, JJ.

Page 23:—"The present law may, we think, be stated with sufficient exactness for our present purpose somewhat as follows: Murder is culpable homicide by any act done with malice aforethought. Malice aforethought is a common name for all the following states of mind:—

"(a) An intent preceding the act to kill or to do serious bodily injury to the person killed, or to any other person.

"(b) Knowledge that the act done is likely to produce such consequences, whether coupled with an intention to produce them or not.

"(c) An intent to commit any felony.

"(d) An intent to resist an officer of justice in the execution of his duty."

At page 15 of their report they said: "We have avoided the use of the word 'malice' throughout the Draft Code, because there is a considerable difference between its popular and its legal meaning. For example, the expression 'malice aforethought' in reference to murder has received judicial interpretation which makes its use positively misleading."

The concept of 'malice aforethought' has been greatly broadened in modern times. A conviction of murder may now depend upon the proof of various intents, other than the simple intent to kill. Nevertheless, the law has consistently required that murder be an offence of specific intent. The

[7] (1912), 9 D.L.R. 30.

Les conditions sont les mêmes pour l'un et l'autre sauf quant à l'élément de faute et aux circonstances atténuantes. Le meurtre exige, de façon positive, l'élément mental traditionnellement connu sous le vocable de «malice intentionnelle» et, de façon négative, l'absence de certaines circonstances atténuantes qui en feraient un cas d'homicide involontaire coupable.

Ce principe a été intégré au droit canadien: voir l'arrêt *R. v. Graves* [7], dans lequel le juge en *equity* Graham de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse fait mention de la malice intentionnelle dans les termes suivants, à la p. 44:

[TRADUCTION] Le sens de l'expression «malice intentionnelle» dans son acception juridique peut être déduit du rapport des distingués commissaires qui ont préparé le projet de Code anglais, dont le Code criminel canadien est inspiré, c.-à-d., lord Blackburn et les juges Barry, Lush et Fitzjames Stephen.

Page 23: «On peut, croyons-nous, énoncer l'état présent du droit avec assez d'exactitude pour nos fins à peu près de la façon suivante: Le meurtre devient un homicide coupable en raison de tout acte accompli avec malice intentionnelle. Il s'agit là de l'expression générique de tous les états d'esprit suivants:

a) L'intention antérieure à l'acte de causer la mort ou des lésions corporelles graves à la victime ou à toute autre personne.

b) La connaissance que l'acte est susceptible d'avoir ces conséquences, qu'il y ait intention ou non de les produire.

c) L'intention de commettre un acte criminel (felony).

d) L'intention de résister à un agent de la justice dans l'exercice de ses fonctions.»

A la page 15 de leur rapport, ils disent: «Tout au long du projet de Code, nous avons évité d'employer le mot malice parce qu'il y a une différence considérable entre son sens courant et son sens juridique. Par exemple, les tribunaux ont donné à l'expression «malice intentionnelle» à l'égard du meurtre une interprétation qui la rend tout à fait trompeuse.»

La notion de «malice intentionnelle» a été grandement élargie de nos jours. Une déclaration de culpabilité pour meurtre peut maintenant être subordonnée à la preuve d'intentions autres que la simple intention de donner la mort. Toutefois, le droit a toujours exigé que le meurtre soit une

[7] (1912), 9 D.L.R. 30.

specific intents have generally been clearly described in Canada in statutory form and an unlawful killing without proof of the existence of the required specific intent has always been characterized as manslaughter. Murder has been set aside, in a sense, from other crimes and the law has always required proof of certain mental elements which, in the words quoted from Kenny above, include "all the various forms of *mens rea* which are so heinous that a homicide produced by any of them will be murder". It is with this consideration in mind that we must approach the Crown argument, in this case, to the effect that a conviction of first degree murder could be found in the absence of proof of any such mental element under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*.

On all the authorities, the mental element—the malice aforethought of ancient usage—must always be demonstrated in order to procure a conviction of murder. While I recognize, of course, that Parliament could remove this requirement, I cannot accept the view that by the enactment of s. 213(*d*) of the *Criminal Code* it has effected such a fundamental change in the law. It has been observed that a conviction of murder under s. 213(*a*), (*b*), or (*c*) depends upon the commission or attempted commission of an underlying offence and, as well, upon the existence of the further specific intents mentioned in the subsection and recited above. Section 213(*d*) requires the commission or attempted commission of an underlying offence, but does not itself provide for any further intent or ulterior purpose. Therefore the mental element required for a conviction of murder must be found, in the case of a murder charged under s. 213(*d*), in the intent to commit the underlying offence. For this purpose it must be shown that the appellant intended to commit an indecent assault, and in this case that would require proof that the appellant intended to do the acts which, objectively viewed, constituted the indecent assault, and that he intended in the commission of the assault to possess and use a weapon, *i.e.* a knife.

infraction d'intention spécifique. Les intentions spécifiques ont généralement été clairement définies au Canada dans les lois et l'homicide sans preuve de l'existence de l'intention spécifique requise a toujours été qualifié d'homicide involontaire coupable. D'une certaine manière, le meurtre a été différencié des autres crimes et le droit a toujours requis la preuve de certains éléments mentaux qui, selon ce que dit Kenny dans l'extrait précité, englobent [TRADUCTION]«les différentes formes de *mens rea* qui sont si odieuses qu'un homicide auquel l'une d'elles a présidé est un meurtre». C'est avec cette considération à l'esprit qu'il nous faut nous pencher sur l'argumentation de la poursuite en l'instance, savoir qu'aux termes de l'al. 213*d*) du *Code criminel*, il pourrait y avoir déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré en l'absence de preuve d'un tel élément mental.

Suivant toute la jurisprudence, l'élément mental, la «malice intentionnelle» selon l'expression ancienne, doit toujours être prouvé pour arriver à une déclaration de culpabilité de meurtre. Tout en admettant que le législateur pourrait bien sûr supprimer cette obligation, je ne puis conclure qu'en adoptant l'al. 213*d*) du *Code criminel*, il a effectivement apporté un changement juridique aussi fondamental. On a souligné qu'une déclaration de culpabilité de meurtre en vertu des al. 213*a*), *b*) et *c*) dépend de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction sous-jacente tout autant que des autres intentions spécifiques mentionnées dans l'alinéa et indiquées précédemment. L'alinéa 213*d*) exige la perpétration ou la tentative de perpétration d'une infraction sous-jacente, mais ne fait pas lui-même mention d'une autre intention ou d'un dessein ultérieur. Par conséquent, l'élément mental nécessaire à une déclaration de culpabilité de meurtre doit se trouver, dans le cas d'une accusation de meurtre portée en vertu de l'al. 213*d*), dans l'intention de commettre l'infraction sous-jacente. A cette fin, il est nécessaire de prouver que l'appelant a eu l'intention de commettre un attentat à la pudeur, et, en l'instance, il faut établir que l'appelant a eu l'intention d'accomplir les actes qui, considérés objectivement, constituent un attentat à la pudeur et qu'il a eu l'intention, dans la perpétration de l'attentat, d'avoir en sa possession et d'utiliser une arme, c.-à-d. un couteau.

Where the underlying offence relied upon by the Crown is one requiring proof of a specific intent, no question would arise as to the application of the defence of drunkenness. In such circumstances where evidence of drunkenness adduced at trial justifies the putting of the defence, the jury should be directed in accordance with the well-established rules deriving from *Beard*'s case, *supra*, and accepted and approved in this Court in such authorities as *MacAskill v. The King*[8], *Perrault v. The Queen*[9] and *Leary v. The Queen*, *supra*; to the effect that if the evidence left them in doubt as to the capacity of the accused to form the specific intent required, they would find the accused not guilty of murder, but they could convict of manslaughter if satisfied that the killing was unlawful. The problem faced in this case arises because, as is pointed out above, the underlying offence is one which standing alone requires only a basic or general intent. In such circumstances, can the defence of drunkenness be called in aid by the appellant? Martin J.A., in the Court of Appeal, was of the view that the defence was available. He said:

> It is plain from the trial judge's observation to counsel during the objections to his charge, that he considered that the effect of the judgment of the Supreme Court of Canada in *Leary v. The Queen*, *supra*, was that drunkenness could not negative the general intent that suffices for indecent assault, even in the context of that offence as an ingredient of murder under s. 213(*d*). I am, with deference, unable to accept that view. If the Appellant because of intoxication, was not conscious of what he was doing, the minimum requirement of criminal liability for murder under 213(*d*) was lacking and, as I view the evidence, the jury should have been so instructed.

I agree with that proposition. The appellant in this case faced a charge of first degree murder. The jury ought to have been told by the trial judge that, if having considered the evidence inciuding that of intoxication they doubted the appellant's mental capacity to form the intent required for the completion of the indecent assault because of his state of intoxication, murder would not have been proved. The result, assuming that the jury was

[8] [1931] S.C.R. 330.
[9] [1971] S.C.R. 196.

Lorsque l'infraction sous-jacente invoquée par la poursuite en est une qui exige la preuve d'une intention spécifique, l'applicabilité de la défense d'ivresse ne pose pas de difficulté. Dans les cas où la preuve de l'ivresse soumise au procès justifie le recours à cette défense, les directives aux jurés devront suivre les règles bien connues tirées de l'arrêt *Beard* précité, que cette Cour a acceptées et approuvées dans des arrêts tels que *MacAskill c. Le Roi*[8], *Perrault c. La Reine*[9] et *Leary c. La Reine*, précité; donc si la preuve les laisse dans le doute quant à la capacité de l'accusé de former l'intention spécifique requise, ils ne doivent pas déclarer l'accusé coupable de meurtre, mais ils peuvent le trouver coupable d'homicide involontaire s'ils sont convaincus que l'homicide est coupable. La question soulevée en l'espèce résulte de ce que, comme je l'ai dit précédemment, l'infraction sous-jacente en est une qui en soi ne requiert qu'une intention générale. Dans ces circonstances, l'appelant peut-il invoquer la défense d'ivresse? En Cour d'appel, le juge Martin a exprimé l'avis qu'il le pouvait. Il a dit:

> [TRADUCTION] Il ressort clairement des remarques du juge du procès à l'avocat, quand ce dernier a formulé des objections à ses directives au jury, qu'à son avis, l'effet de l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Leary c. La Reine*, précité, était que l'ivresse ne pouvait pas neutraliser l'intention générale qui suffit à un attentat à la pudeur, même lorsqu'on envisage cette infraction en tant qu'élément du crime de meurtre défini à l'al. 213*d*). Je ne puis, avec égards, me ranger à cet avis. Si, à cause de l'ivresse, l'appelant n'avait pas conscience de ce qu'il faisait, la mesure minimale de responsabilité pénale pour qu'il y ait meurtre au sens de l'al. 213*d*) manquait et, selon mon interprétation de la preuve, le jury aurait dû recevoir des directives en ce sens.

Je suis du même avis. L'appelant répond en l'espèce à une accusation de meurtre au premier degré. Le juge du procès aurait dû dire au jury que si, après avoir analysé la preuve, y compris la preuve d'ivresse, il avait des doutes sur la capacité mentale de l'appelant de former l'intention nécessaire à la perpétration de l'attentat à la pudeur à cause de son état d'ébriété, la preuve du meurtre était incomplète. En supposant que le jury fût

[8] [1931] R.C.S. 330.
[9] [1971] R.C.S. 196.

satisfied that the appellant had done the killing, would be an unlawful killing without the requisite intent for murder or, in other words, manslaughter.

This approach, in my view, is consistent with the authorities. *Beard*'s case limited the defence of drunkenness to offences requiring a specific intent, and this was accepted as well by a majority of this Court in *Leary* but, in my opinion, the Lord Chancellor in *Beard*'s case did not go so far as to say that in a case where a conviction for murder depended upon proof of a second or underlying offence the unconscious commission of that underlying offence, whatever intent may have been required for its completion, would suffice to make a subsequent killing murder. He said, at p. 504:

> My lords, drunkenness in this case could be no defence unless it could be established that Beard at the time of committing the rape was so drunk that he was incapable of forming the intent to commit it, which was not in fact, and manifestly, having regard to the evidence, could not be contended. For in the present case the death resulted from two acts or from a succession of acts, the rape and the act of violence causing suffocation. These acts cannot be regarded separately and independently of each other. The capacity of the mind of the prisoner to form the felonious intent which murder involves is in other words to be explored in relation to the ravishment; and not in relation merely to the violent acts which gave effect to the ravishment. (Emphasis added.)

These words have been said to have extended the defence of drunkenness to offences of general intent. In my view, they do not have that effect. They, nonetheless, support the proposition that the underlying offence in constructive murder must have been consciously committed. In *Majewski*, Lord Russell of Killowen dealt with these words, at p. 172. He said in reference to them:

> In my opinion these passages do not indicate an opinion that rape is a crime of special intent. All that is meant is that conscious rape is required to supply 'the felonious intent which murder involves'. For the crime of murder special or particular intent is always required for the necessary malice aforethought. This may be intent to kill or intent to cause grevious bodily harm: or in a

convaincu que l'appelant avait perpétré l'homicide, il en résultait un homicide coupable sans l'intention nécessaire pour commettre un meurtre, ou, en d'autres termes, un homicide involontaire coupable.

Cette façon de voir est, à mon sens, conforme à la jurisprudence. L'arrêt *Beard* a restreint la défense d'ivresse aux infractions qui exigent une intention spécifique, ce à quoi la majorité de cette Cour s'est rangée dans l'arrêt *Leary*, mais, à mon avis, le lord chancelier dans l'arrêt *Beard* ne va pas jusqu'à dire que, dans une affaire où la culpabilité de meurtre dépend de la preuve d'une autre infraction ou d'une infraction sous-jacente, la perpétration inconsciente de l'infraction sous-jacente, quelle que soit l'intention exigée pour son accomplissement, suffirait à faire un meurtre de l'homicide qui en découle. Il dit, à la p. 504:

> [TRADUCTION] Vos Seigneuries, l'ivresse ne peut constituer un moyen de défense, en l'espèce, à moins que la preuve ne démontre qu'au moment de commettre le viol, Beard était ivre au point d'être incapable de former l'intention de perpétrer l'acte; la défense n'a pas prétendu que c'était le cas et, compte tenu de la preuve, elle ne pouvait manifestement le faire. Car en l'espèce, la mort a résulté de deux actes ou d'une succession d'actes, c.-à-d. le viol et la violence qui a causé la suffocation. Ces actes ne peuvent pas être considérés séparément ni indépendamment l'un de l'autre. La capacité mentale de l'accusé de former l'intention criminelle qu'implique un meurtre doit, en d'autres termes, être analysée par rapport au viol et non simplement par rapport aux actes de violence qui ont eu lieu avec le viol. (C'est moi qui souligne.)

On a soutenu que ce passage étend la défense d'ivresse aux infractions d'intention générale. A mon avis, il n'a pas cette portée. Il permet néanmoins d'affirmer que l'infraction sous-jacente d'un meurtre par interprétation doit avoir été commise consciemment. Dans l'arrêt *Majewski*, lord Russell of Killowen a commenté ce passage à la p. 172, en ces termes:

> [TRADUCTION] A mon avis, ces textes n'indiquent aucunement que le viol est un crime d'intention spécifique. Ils signifient simplement que le viol doit avoir été commis consciemment pour qu'existe «l'intention criminelle qu'implique un meurtre», car le meurtre requiert toujours une intention spécifique ou particulière pour qu'il y ait malice intentionnelle, élément essentiel du

case such as *Beard* of constructive malice, this required the special intent *consciously to commit* the violent felony of rape in the course and furtherance of which the act of violence causing death took place. *Beard* therefore, in my opinion does not suggest that rape is a crime of special or particular intent. (Emphasis added.)

It will be seen at once that Lord Birkenhead would have the accused's capacity to form the felonious intent considered in relation to the ravishment, *i.e.* the underlying offence and not the violent act which led to the death. From this, I take it, he was of the view that even in a case of rape which involves only a basic intent the mental capacity of the accused was a matter for investigation where the rape was to form the basis of a charge of murder. Furthermore, Lord Russell spoke of the requirement of the commission of a 'conscious rape' in order to warrant a conviction upon the graver offence of murder which ensued as a result of the felonious assault. The application of s. 213(*d*) of the *Code* cannot result in a conviction for murder unless the accused person is shown to have been committing or attempting to commit one of the offences mentioned in the section. The duty is therefore put upon the Crown to prove the commission or attempt with all its mental elements as a necessary part of the proof of murder in order to meet the requirement noted by Lord Russell of proof of the conscious commission of the underlying offence. If the section did not require proof of such conscious commission or conscious attempted commission of one of the offences, it would be providing for a conviction of murder in the absence of any mental element or intent, or in ancient usage 'malice aforethought' and, to use the words of Martin J.A. in the Court of Appeal ... in the absence of proof of even "the minimum requirement of criminal liability". This principle was in the mind of Taschereau J. (as he then was) when he said in this Court in *R. v. King*[10], at p. 749, referring to a charge of impaired driving:

[10] [1962] S.C.R. 746.

crime. Il peut s'agir d'une intention de tuer ou de causer des lésions corporelles graves: ou dans un cas comme celui de *Beard*, où il s'agissait d'intention implicite, il fallait une intention spécifique de *consciemment commettre* l'acte criminel qu'est le viol, au cours ou à la suite duquel s'est produit l'acte violent qui a entraîné la mort. En conséquence, l'arrêt *Beard* n'implique pas, à mon sens, que le viol est un crime nécessitant une intention spécifique ou particulière. (C'est moi qui souligne.)

Il est manifeste que selon lord Birkenhead, la capacité du prévenu de former l'intention criminelle doit être considérée par rapport au viol, c.-à-d. l'infraction sous-jacente et non par rapport à la violence qui a entraîné la mort. De cela, je conclus qu'il considère que même dans un cas de viol qui n'exige qu'une intention générale, la capacité mentale du prévenu doit être analysée si c'est le viol qui sert de fondement à une accusation de meurtre. De plus, lord Russell parle de l'exigence que le viol soit «commis consciemment» pour emporter une déclaration de culpabilité de l'infraction plus grave du meurtre qui a résulté de l'acte de violence. L'application de l'al. 213*d*) du *Code* ne peut donner lieu à une déclaration de culpabilité de meurtre à moins que la preuve ne soit faite que l'accusé a commis ou tenté de commettre l'une des infractions y mentionnées. La poursuite a donc l'obligation de prouver la perpétration ou la tentative avec tous ses éléments mentaux comme composante nécessaire de la preuve du meurtre pour satisfaire à l'exigence soulignée par lord Russell, soit de prouver la perpétration consciente de l'infraction sous-jacente. Si l'alinéa n'exigeait pas la preuve de la perpétration consciente ou celle de la tentative consciente de perpétration de l'une des infractions, il ouvrirait la porte à une déclaration de culpabilité de meurtre en l'absence de tout élément mental ou d'intention ou, selon l'expression ancienne, de «malice intentionnelle», et, selon la formulation utilisée par le juge Martin en Cour d'appel ... en l'absence de preuve de «la mesure minimale de responsabilité pénale». Le juge Taschereau (alors juge puîné de la Cour suprême) avait ce principe à l'esprit quand il a dit dans l'arrêt *R. c. King*[10] à la p. 749, au sujet d'une accusation de conduite avec facultés affaiblies:

[10] [1962] R.C.S. 746.

I entirely disagree with the proposition of the Crown that whether the accused knew he was impaired or not he must be found guilty, and that under s. 223 Cr.C., no mental element has to be considered, and that the mere fact of impairment is sufficient to create the offence.

It is my view that there can be no *actus reus* unless it is the result of a willing mind at liberty to make a definite choice or decision, or in other words, there must be a willpower to do an act whether the accused knew or not that it was prohibited by law.

It follows from the foregoing that, like Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal, I am of the opinion that the rule of law to the effect that voluntary or self-induced intoxication cannot negative a general intent constituting the only mental element required for an indecent assault does not apply to the offence of murder where the conviction rests upon proof of the offence of indecent assault. This conclusion rests upon the proposition that the appellant was not charged with indecent assault, an offence in respect of which the defence of drunkenness would not have assisted him. He was charged with murder, an offence which cannot be complete without the proof of some mental element which, in a charge of murder resting upon proof of an underlying offence, as in s. 213(*d*) of the *Code*, substitutes for the specific intent ordinarily required for murder. In this case proof of such mental element or intent can only be made by proof of an intent to commit an indecent assault and to use the knife in the commission of the assault.

The third issue, which arises from the earlier points discussed, is whether there was error in the trial judge's charge on the applicability of the defence of drunkenness under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*. Dealing with this question, the trial judge said:

The question of drunkenness to a degree to render the assailant incapable of forming the specific intents to which I earlier referred is irrelevant. The issue of drunkenness would only be relevant if the assailant was so intoxicated as to be unable to form the intent to use the knife and to form an indecent purpose.

[TRADUCTION] Je suis en complet désaccord avec la poursuite qui soutient que, peu importe que le prévenu ait su ou non que ses facultés étaient affaiblies, il doit être déclaré coupable, et qu'en vertu de l'art. 223 du *Code criminel*, il n'y a pas d'élément mental à prendre en compte, que le simple fait d'avoir les facultés affaiblies suffit pour constituer l'infraction.

A mon avis, il ne peut y avoir d'*actus reus* à moins qu'il ne résulte d'un esprit apte à former une intention et libre de faire un choix ou de prendre une décision bien déterminée ou, autrement dit, il doit y avoir une volonté d'accomplir un acte, que l'accusé ait su ou non qu'il était prohibé par la loi.

Il résulte de ce qui précède que, comme le juge Martin en Cour d'appel de l'Ontario, je suis d'avis que la règle de droit selon laquelle l'ivresse volontaire ou provoquée ne peut neutraliser une intention générale qui constitue le seul élément mental requis dans l'attentat à la pudeur ne s'applique pas à l'infraction de meurtre lorsque la déclaration de culpabilité dépend de la preuve de l'infraction d'attentat à la pudeur. Cette conclusion se fonde sur la proposition que l'accusé n'a pas été inculpé d'attentat à la pudeur, une infraction à l'égard de laquelle la défense d'ivresse ne lui aurait été d'aucun secours. Il a été accusé de meurtre, une infraction qui ne peut être établie sans la preuve d'un certain élément mental qui, dans une accusation de meurtre fondée sur la preuve d'une infraction sous-jacente, comme dans le cas de l'al. 213*d*) du *Code*, se substitue à l'intention spécifique ordinairement requise pour qu'il y ait meurtre. En l'espèce, la preuve de cet élément mental ou de cette intention ne peut être faite que par la preuve de l'intention de commettre un attentat à la pudeur et d'utiliser un couteau en le commettant.

La troisième question, qui découle de celles déjà étudiées, est celle de savoir si l'exposé du juge au jury comporte une erreur sur l'applicabilité de la défense d'ivresse à une accusation fondée sur l'al. 213*d*) du *Code criminel*. A cet égard, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] La question de l'ivresse à un degré tel que l'assaillant aurait été incapable de former les intentions spécifiques dont j'ai parlé auparavant ne se pose pas. La question d'ivresse ne serait pertinente que si l'assaillant était ivre au point d'être incapable de former l'intention d'utiliser le couteau et d'avoir un but indécent.

If you found that he used the knife and had an indecent purpose, it is hard to conceive how anyone could use a knife and have an indecent purpose, without having sufficient intellectual capacity to do so. However, I leave that with you.

Later, the jury returned to the courtroom with a question, which is reproduced hereunder from exhibit 75 at trial:

We require clarification of the definition of murder—re first, second and manslaughter with and without the involvement of alcohol. We would like to have these definitions in writing for further use in the jury room for our deliberations. Signed, 'W. Collins'.

The trial judge answered with a restatement of the law on the points raised. Dealing with the effect of drunkenness, he said:

Now, to come to the third description of murder, or legal definition of murder, and it is only applicable if the Crown has satisfied you, beyond reasonable doubt, that the killing occurred in the course of the commission of the offence of indecent assault. So that description [*sic*] of definition of murder is that culpable homicide, the original concept that I mentioned to you, culpable homicide is murder where a person causes the death of a human being while committing an indecent assault, whether or not the person means to cause death to any human being, and whether or not he knows that death is likely to be caused to any human being if he uses a weapon during or at the time he commits or attempts to commit the indecent assault, and the death ensues as a consequence.

Unless you are satisfied, beyond reasonable doubt, that the assault was for an indecent or sexual purpose, this section simply doesn't apply. So if you are convinced, beyond reasonable doubt, that there was a sexual or indecent purpose, then the killing under this definition of murder is murder, regardless of whether or not there was an intent to kill, or an intent to do bodily harm known to be likely to cause death.

So the law says that when there is a killing, in carrying out of an indecent assault, that intention is irrelevant; that it isn't necessary; it isn't an essential ingredient of the offence of murder. And seeing that there is no specific intent required, most of what I said to you about alcohol is completely irrelevant, and doesn't have to be considered, except if a jury was of the view that the person was so drunk that he was unable to

Si vous concluez qu'il a utilisé le couteau et qu'il a eu un but indécent, il est difficile de concevoir comment quelqu'un pourrait se servir d'un couteau et avoir un but indécent sans avoir suffisamment de faculté intellectuelle pour le faire. Je vous laisse toutefois le soin d'en juger.

Plus tard, le jury est revenu dans la salle d'audience pour poser une question dont voici le texte tiré de la pièce nº 75 au procès:

[TRADUCTION] Nous avons besoin d'éclaircissements sur la définition du meurtre, au premier et au second degrés et l'homicide involontaire coupable, avec et sans incidence d'alcool. Nous préférerions avoir ces définitions par écrit pour nous en servir pour nos délibérations. Signé, «W. Collins».

Le juge du procès y a répondu par un nouvel exposé du droit sur les questions posées. Au sujet des conséquences de l'ivresse, il a dit:

[TRADUCTION] Maintenant nous en venons à la troisième description du meurtre, ou la définition légale du meurtre, et elle ne s'applique que si la poursuite vous a convaincus, hors de tout doute raisonnable, que l'homicide s'est produit pendant la perpétration de l'infraction d'attentat à la pudeur. Donc cette description [*sic*] de la définition du meurtre est celle d'homicide coupable, la première notion dont je vous ai parlé; l'homicide coupable est un meurtre quand une personne cause la mort d'un être humain en commettant un attentat à la pudeur, que la personne ait voulu ou non causer la mort d'un être humain et qu'elle sache ou pas que la mort d'un être humain est susceptible de s'ensuivre si elle utilise une arme pendant ou en même temps qu'elle commet ou tente de commettre l'attentat à la pudeur, et que la mort s'ensuit comme conséquence.

A moins que vous ne soyez convaincus, hors de tout doute raisonnable, que l'attentat avait un but indécent ou sexuel, cet article ne s'applique pas. Donc si vous êtes convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu'il y a eu un but indécent ou sexuel, alors l'homicide, selon cette définition du meurtre, est un meurtre, qu'il y ait eu ou non intention de tuer ou intention d'infliger des blessures susceptibles de causer la mort.

Donc la loi dit que quand il y a homicide, dans la perpétration d'un attentat à la pudeur, l'intention ne compte pas, qu'elle n'est pas nécessaire, qu'elle n'est pas un élément essentiel de l'infraction de meurtre. Et parce qu'aucune intention spécifique n'est requise, presque tout ce que je vous ai dit à propos de l'alcool ne s'applique pas du tout et n'a pas à être considéré, sauf si le jury était d'avis que la personne était ivre au point

form the intention to use a knife, or to form an indecent or sexual purpose.

And then, after some comments regarding the necessity of proof of indecent assault to justify a conviction of murder, he said:

But if you are satisfied, beyond reasonable doubt, that there was an indecent assault (that is, a sexual or indecent purpose connected with the assault), then alcohol plays virtually no part, except in those very limited circumstances that I mentioned.

The jury was later recalled and the trial judge gave further instructions on the defence of drunkenness, as it applied to the concept of murder under s. 212(*a*) of the *Criminal Code*, but these directions are not in issue here.

It will be seen that in the charge he told the jury the issue of drunkenness would only be relevant if the intoxication reached the point where the appellant was unable to form the intent to use the knife and to form an indecent purpose. In his re-charge, he referred at one point to the necessity for a sexual or indecent purpose and later told the jury that no specific intent was required in this case and, therefore, evidence of alcohol was completely irrelevant. It will be seen at once that there are significant inconsistencies in his direction. To begin with, it is error to say that an indecent assault is one carried out for an indecent purpose. No such purpose need be shown—if the accused has carried out the acts which, objectively viewed, constitute the indecent assault. To say later that no specific intent is required is correct, but nevertheless confusing, considering the earlier words. In my view, the trial judge should have directed the jury on s. 212(*a*) as he did, and thereafter he should have told the jury that for a conviction of murder under s. 213(*d*) of the *Criminal Code* they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant at the time of the killing was in the course of committing an indecent assault upon the deceased, and upon this issue they could consider evidence of drunkenness. If such evidence left them with a reasonable doubt as to the capacity of the appellant, because of drunkenness, to form that minimal intent necessary for the indecent assault, *i.e.* to possess himself of and to use a weapon and do the acts which constituted the

d'être incapable de former l'intention d'utiliser un couteau ou d'avoir un but indécent ou sexuel.

Puis, après des directives sur la nécessité de prouver l'attentat à la pudeur pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, il a dit:

[TRADUCTION]Mais, si vous êtes convaincus, au-delà de tout doute raisonnable, qu'il y a eu attentat à la pudeur (c'est-à-dire un but sexuel ou indécent relié à l'attentat), alors l'alcool ne joue à peu près aucun rôle, sauf dans les circonstances très limitées que j'ai mentionnées.

Le jury a été rappelé plus tard et le juge du procès a donné d'autres instructions sur la défense d'ivresse appliquée à la notion de meurtre en vertu de l'al. 212*a*) du *Code criminel*, mais ces directives ne sont pas contestées ici.

Il ressort de l'exposé que le juge a dit au jury que la question d'ivresse n'entrait en ligne de compte que si elle atteignait un point tel que l'appelant avait été incapable de former l'intention de se servir du couteau et d'avoir un but indécent. Dans ses directives supplémentaires, le juge parle, à un moment donné, de la nécessité qu'il y ait eu un but sexuel ou indécent et plus loin il dit au jury qu'aucune intention spécifique n'était requise en l'espèce et que, par conséquent, la preuve d'ivresse était sans effet. Il est manifeste qu'il y a des contradictions notables dans ses directives. D'abord, c'est une erreur de dire qu'un attentat à la pudeur est un attentat commis dans un but indécent. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'un tel but, si l'accusé a accompli les actes qui, considérés objectivement, constituent un attentat à la pudeur. Dire plus loin qu'aucune intention spécifique n'est requise est juste, mais crée de la confusion vu les directives précédentes. A mon avis, le juge du procès aurait dû donner au jury les directives qu'il a données à propos de l'al. 212*a*), puis lui dire que, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*, il devait être convaincu hors de tout doute raisonnable qu'au moment de commettre l'homicide, l'appelant était en train de commettre un attentat à la pudeur sur la victime et que, sur ce point, il pouvait tenir compte de la preuve d'ivresse. Si, vu l'ivresse, cette preuve lui laissait un doute raisonnable quant à la capacité de l'appelant de former l'intention minimale requise pour

indecent assault they could not convict of murder, but if otherwise satisfied that the accused had done the killing, they should convict of manslaughter. It follows then, in my view, that the trial judge was in error in dealing with the issue of drunkenness in relation to s. 213(*d*), and it remains for us to consider whether the error was such that it led to a miscarriage of justice or any prejudice to the appellant. We have to decide, assuming that the trial judge's direction was not correct in law—and to use the words of Martin J.A. in the Court of Appeal—: "whether the instruction that the trial judge gave was in the particular circumstances an equivalent or adequate instruction".

In approaching this question, it should be observed at once that the trial judge, in defining an indecent assault, seems to have agreed with the submission of counsel for the defence that an indecent assault was an assault for an indecent or a sexual purpose. He said:

> An assault becomes an indecent assault if it is made for an indecent or sexual purpose. Therefore, the Crown must prove, beyond reasonable doubt, that the attack upon Miss McKenna was made for a sexual or indecent purpose. It is a question of fact for you to decide whether or not the attack which took place upon her was for an indecent or sexual purpose. You must consider all of the circumstances to decide this, and, remember, you must give the accused the benefit of any reasonable doubt upon this issue, as well as all other issues in the case.

If this definition were accepted in law, it would mean that a conviction for an indecent assault would require proof and a finding by the jury of the formulation of a sexual or indecent purpose. This imposes a standard of proof upon the Crown going far beyond what the law requires. It has been shown above that all that is required for proof of the offence is proof that the accused did the acts which, objectively viewed, constituted the indecent assault.

qu'il y ait attentat à la pudeur, c.-à-d. d'avoir en sa possession et d'utiliser une arme et d'accomplir les actes qui constituent un attentat à la pudeur, il ne pouvait pas le déclarer coupable de meurtre, mais que s'il était convaincu qu'il avait commis l'homicide, il devait le déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. Il s'ensuit, à mon avis, que le juge du procès a commis une erreur en analysant la question d'ivresse en regard de l'al. 213*d*) et il nous reste à déterminer si cela a donné lieu à une erreur judiciaire ou a causé un tort important à l'appelant. Il faut donc déterminer, admettant que les directives du juge du procès comportent des erreurs de droit et pour reprendre les mots du juge Martin en Cour d'appel, [TRADUCTION] «si l'exposé du juge du procès dans ces circonstances particulières était suffisant ou avait le même effet».

D'abord, il y a lieu de souligner que, pour définir l'attentat à la pudeur, le juge du procès semble avoir accepté l'argumentation de l'avocat de la défense, selon laquelle un attentat à la pudeur est un attentat commis dans un but sexuel ou indécent. Il dit:

> [TRADUCTION] Un attentat devient un attentat à la pudeur s'il est commis avec un but indécent ou sexuel. Donc, la poursuite doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'attentat contre Mlle McKenna a été fait dans un but sexuel ou indécent. Il vous appartient de décider comme question de fait si l'attentat commis contre elle a été fait dans un but indécent ou sexuel. Vous devez tenir compte de toutes les circonstances pour en décider et, rappelez-vous, vous devez accorder au prévenu le bénéfice de tout doute raisonnable sur cette question, de même que sur tous les autres points de cette affaire.

Si l'on devait accepter cette définition en droit, cela signifierait que la déclaration de culpabilité d'attentat à la pudeur exigerait la preuve de la formulation d'un but sexuel ou indécent et une conclusion du jury en ce sens. Ce serait imposer à la poursuite un fardeau de preuve beaucoup plus lourd que celui que la loi exige. Comme je l'ai déjà mentionné, tout ce qui est requis pour prouver l'infraction, c'est la preuve que l'accusé a accompli les actes qui, considérés objectivement, constituent un attentat à la pudeur.

In explaining the difference between first and second degree murder, the trial judge said:

The *Criminal Code* provides that murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing an offence of indecent assault. I do not intend to repeat what I said earlier about indecent assault. If you have found that the accused has committed the offence of murder, and you are satisfied, beyond reasonable doubt, that he committed that murder while committing the offence of indecent assault on Mary McKenna, you must find him guilty of first degree murder.

If, on the other hand, you have found that he committed the offence of murder but are not satisfied, beyond reasonable doubt, that he did so while committing the offence of indecent assault upon her, you must find him guilty of second degree murder.

It is thus apparent that the jury had been told that a finding of first degree murder was dependent upon a finding that the appellant had committed an indecent assault upon the deceased. They had been told, as well, that only drunkenness rendering the appellant unable to form the intent to use the knife and to carry out the assault would be relevant in this issue. They, nevertheless, found a conviction of first degree murder and upon the application of a test more favourable to the appellant than the law required. Such a finding makes it clear that the jury was satisfied that all the elements of indecent assault, including the mental capacity of the appellant, were proved and I am satisfied that there was no prejudice to the appellant or miscarriage of justice as a result of any deficiency in the charge on the issue of drunkenness. It was argued on this point that the trial judge failed to leave to the jury the option to convict of manslaughter, instead of murder, if satisfied of the unlawful killing and not satisfied that the requisite intent for murder had been shown. This option was clearly left to the jury in respect of murder under s. 212 of the *Criminal Code*, and not completely eliminated under s. 213(*d*). The judge said:

Members of the jury, if you are satisfied, beyond reasonable doubt, that the Crown has proved all of the essential elements contained in any one of those three

En expliquant la différence entre le meurtre au premier degré et celui au second degré, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Le *Code criminel* dit que le meurtre est un meurtre au premier degré quand une personne cause la mort en commettant un attentat à la pudeur. Je ne veux pas répéter ce que j'ai déjà dit au sujet de l'attentat à la pudeur. Si vous avez conclu que l'accusé a commis le meurtre et que vous êtes convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu'il a commis ce meurtre en commettant un attentat à la pudeur sur la personne de Mary McKenna, vous devez le déclarer coupable de meurtre au premier degré.

Si, d'autre part, vous avez conclu qu'il a commis le meurtre, mais que vous ne soyez pas convaincus, hors de tout doute raisonnable, qu'il l'a fait en commettant un attentat à la pudeur sur sa personne, vous devez le déclarer coupable de meurtre au second degré.

Ainsi, il est manifeste qu'on a dit au jury que pour conclure au meurtre au premier degré, il fallait conclure que l'appelant avait commis un attentat à la pudeur contre la victime. On lui a également dit que seule l'ivresse qui aurait rendu l'appelant incapable de former l'intention de se servir du couteau et de commettre l'attentat était pertinente pour en décider. Il a néanmoins conclu à une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré, et cela en appliquant un critère plus favorable à l'accusé que celui prévu par la loi. Cette conclusion montre clairement que le jury était convaincu que tous les éléments de l'attentat à la pudeur, y compris la capacité mentale de l'appelant, avaient été prouvés et je suis convaincu qu'il n'y a eu ni tort important causé à l'appelant ni erreur judiciaire par suite des vices des directives au jury sur la question d'ivresse. On a soutenu à cet égard que le juge du procès n'avait pas laissé aux jurés la possibilité de rendre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable, par opposition à un verdict de meurtre, s'ils étaient convaincus de l'homicide coupable sans être convaincus qu'on avait fait la preuve de l'intention nécessaire pour qu'il y ait meurtre. Cette possibilité a nettement été soumise au jury à l'égard du meurtre au sens de l'art. 212 du *Code criminel* et elle n'a pas été complètement écartée à l'égard de l'al. 213*d*). Le juge a dit:

[TRADUCTION] Membres du jury, si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que la poursuite a prouvé tous les éléments essentiels compris dans l'une ou

definitions of murder, it is your duty to find that he has committed the offence of murder.

If you have found that the accused killed Miss McKenna, you are prevented by law from giving him a complete acquittal. The least offence of which he can be convicted is manslaughter.

If you have not been satisfied, beyond reasonable doubt, that the assailant killed Miss McKenna while indecently assaulting her, you must disregard the third definition of murder that I gave you.

While the option of manslaughter in respect of s. 213(*d*) of the *Criminal Code* could have been left to the jury in more explicit terms, in this case the fact that the jury delivered its verdict of first degree murder indicates that, even applying a test more favourable to the accused than required by law, they were of the view that the appellant was capable of the conscious commission of the act and, therefore, no occasion arose for the consideration of the alternative manslaughter verdict. The jury had been told that the only way they could convict of first degree murder was to find the appellant had committed an indecent assault. They were told, as well, to apply in that determination a test which left out of account the possibility of any unconscious commission of the assault. In my view, no reversible error occurred in this connection.

A final point taken by the appellant was set out in his factum in these terms:

Whether in murder in the commission of an offence under s. 213(*d*) of the *Criminal Code* the Crown must prove two separate criminal acts being (1) the 'offence' in this case indecent assault; and (2) a separate homicidal act causing death.

It was submitted that, for a conviction under s. 213(*d*) of the *Criminal Code*, the Crown must show two separate acts which in this case would consist of an indecent assault and a further act which caused the death. The proposition thus advanced was that causing the death by the act of assault itself would not be sufficient. Reliance was

l'autre de ces trois définitions de meurtre, vous êtes tenus de conclure qu'il a commis le meurtre.

Si vous avez conclu que l'accusé a tué Mlle McKenna, la loi ne vous permet pas de l'acquitter complètement. L'infraction la moins grave dont il peut être déclaré coupable est l'homicide involontaire coupable.

Si vous n'avez pas été convaincus, hors de tout doute raisonnable, que l'agresseur a tué Mlle McKenna en commettant un attentat à la pudeur contre sa personne, vous devez ne pas tenir compte de la troisième définition de meurtre que je vous ai donnée.

Bien que l'alternative d'homicide involontaire coupable en application de l'al. 213*d*) du *Code criminel* eût pu être soumise à l'appréciation du jury en termes plus explicites, en l'espèce son verdict de meurtre au premier degré indique que, même en appliquant un critère plus favorable à l'appelant que celui prévu par la loi, il a conclu que l'appelant était capable de commettre l'acte consciemment et, par conséquent, il n'y avait pas lieu d'envisager le verdict subsidiaire d'homicide involontaire coupable. Les directives données au jury indiquent que la seule façon d'en venir à un verdict de meurtre au premier degré était de conclure que l'appelant avait commis un attentat à la pudeur. Elles indiquent également que, pour arriver à cette conclusion, le jury devait appliquer un critère qui écartait la possibilité de toute perpétration inconsciente de l'attentat. A mon avis, il n'y a pas eu d'erreur donnant lieu à cassation à cet égard.

Un dernier point soulevé par l'appelant est énoncé dans ces termes dans son mémoire:

[TRADUCTION] Si pour le meurtre par perpétration d'une infraction prévue à l'al. 213*d*) du *Code criminel*, la poursuite doit prouver deux actes criminels distincts soit (1) l'infraction, en l'espèce l'attentat à la pudeur, et (2) un acte distinct d'homicide causant la mort.

On a soutenu que, pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu de l'al. 213*d*) du *Code criminel*, la poursuite devait prouver deux actes distincts qui, en l'espèce, consisteraient en un attentat à la pudeur et en un autre acte qui a causé la mort. Suivant l'argument ainsi présenté, causer la mort par l'attentat lui-même ne serait pas suffisant. On

placed for this argument on *R. v. Tennant and Naccarato*[11] and *R. v. DeWolfe*[12].

I do not consider that either of the two cases supports the argument and I am unable to find any merit in it. In my opinion, it confuses the language of s. 212(*c*) of the *Criminal Code*—which does not require two separate acts but rather a separate unlawful purpose going beyond the actual act causing death—with the quite different language of s. 213(*d*). Section 212(*c*) of the *Code* provides that where a person "for an unlawful object" does anything he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, he is guilty of murder. It is clear, and the cases referred to above hold, as do others, that there must be an unlawful purpose, other than the killing by the accused, in the pursuit of which the death occurs by the act of the accused. Section 213(*d*) of the *Code* imposes no such requirement. Its plain language provides that culpable homicide is murder when a person causes the death of a human being while committing or attempting to commit indecent assault, if he uses a weapon or has it upon his person during or at the time he commits or attempts to commit the offence, or during or at the time of his flight after committing or attempting to commit the offence, and death ensues as a consequence. The cases decided under s. 212(*c*), dealing with the requirement of an unlawful purpose during the pursuit of which a death occurs, can have no application to s. 213(*d*) which requires no such unlawful purpose. For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Morris Manning, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

[11] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (Ont. C.A.).
[12] (1976), 31 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.).

a invoqué à l'appui de cet argument les arrêts *R. v. Tennant et Naccarato*[11] et *R. v. DeWolfe*[12].

Je ne crois pas que l'un ou l'autre de ces arrêts appuie cette prétention et je ne puis lui trouver de valeur quelconque. A mon avis, l'argument confond les termes de l'al. 212*c*) du *Code criminel*, qui n'exige pas deux actes distincts mais plutôt une intention illégale distincte en plus de l'acte même qui a causé la mort, avec ceux, tout à fait différents, de l'al. 213*d*). L'alinéa 212*c*) du *Code* dispose que si une personne, «pour une fin illégale», fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, cette personne est coupable de meurtre. Il est clair, et les arrêts mentionnés précédemment affirment tout comme le font d'autres qu'il doit y avoir une fin illégale distincte de l'homicide, dont la poursuite occasionne la mort du fait de l'acte de l'accusé. L'alinéa 213*d*) du *Code* n'exige rien de tel. Ses termes explicites disposent que l'homicide coupable est un meurtre quand une personne cause la mort d'un être humain pendant qu'elle commet ou tente de commettre un attentat à la pudeur, si elle utilise une arme ou l'a sur sa personne pendant ou alors qu'elle commet ou tente de commettre l'infraction, ou au cours ou au moment de sa fuite après avoir commis ou tenté de commettre l'infraction, et que la mort en soit la conséquence. Les arrêts qui ont trait à l'al. 212*c*) et qui portent sur la nécessité d'une fin illégale dont la poursuite occasionne la mort, ne peuvent s'appliquer à l'al. 213*d*) qui ne requiert pas cette fin illégale. Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Morris Manning, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

[11] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80 (C.A. Ont.).
[12] (1976), 31 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.).

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Richard Ferdinand Chabot *Respondent.*

1980: May 28, 29; 1980: December 18.

Present: Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Procedure — Committal for trial — Preferred indictment — Extraordinary remedies to quash committal — Criminal Code, ss. 507, 507.1.

Criminal law — Preliminary hearing — Charge of second degree murder — Committal for trial for an offence other than the offence set out in the information — Criminal Code, ss. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589.

The respondent was committed for trial by a Provincial Court Judge on a charge of first degree murder at the end of a preliminary hearing which had been proceeding on the basis of an information charging the respondent with the offence of second degree murder. On August 14, 1978, the crown attorney signed an indictment which was lodged with the Registrar of the Supreme Court of Ontario. On August 18, 1978 before the indictment was preferred before a trial court, the respondent challenged the committal for trial by way of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid. Dupont J., of the Supreme Court of Ontario, dismissed the respondent's application but the Court of Appeal set aside the order committing the respondent for trial on first degree murder and remitted the matter to the Provincial Court Judge to commit for trial on a charge of second degree murder, if so advised. The Crown's appeal to this Court raised two questions: (i) does an indictment constitute a bar to an accused's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid challenging his committal for trial and, if so, at what point does it constitute a bar, and (ii) does a judge conducting a preliminary inquiry have jurisdiction to commit an accused for trial on the offence of first degree murder when the information charges the accused with the offence of second degree murder.

Held: The appeal should be dismissed.

As to the first question, the Court of Appeal concluded correctly that at some point the indictment became the operative document in the criminal process. After presentment of the indictment, the accused is free to

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Richard Ferdinand Chabot *Intimé.*

1980: 28, 29 mai; 1980: 18 décembre.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

Droit criminel — Procédure — Renvoi à procès — Présentation d'un acte d'accusation — Recours extraordinaire pour faire annuler le renvoi — Code criminel, art. 507, 507.1

Droit criminel — Enquête préliminaire — Accusation de meurtre au deuxième degré — Renvoi à procès pour une infraction autre que celle énoncée dans la dénonciation — Code criminel, art. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589.

L'intimé a été renvoyé à procès par un juge de la Cour provinciale pour meurtre au premier degré à la fin d'une enquête préliminaire tenue sur la base d'une dénonciation qui l'inculpait de meurtre au deuxième degré. Le 14 août 1978, le substitut du procureur général a signé un acte d'accusation qui a été produit auprès du registraire de la Cour suprême de l'Ontario. Le 18 août 1978, avant la présentation de l'acte d'accusation devant le tribunal de première instance, l'intimé a contesté le renvoi à procès au moyen d'une demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari*. Le juge Dupont de la Cour suprême de l'Ontario a rejeté la demande mais la Cour d'appel a infirmé l'ordonnance de renvoi à procès de l'intimé sur l'accusation de meurtre au premier degré et renvoyé l'affaire au juge de la Cour provinciale pour qu'il renvoie à procès sur une accusation de meurtre au deuxième degré, s'il le jugeait à-propos. Le pourvoi du ministère public à cette Cour soulève deux questions: (i) un acte d'accusation fait-il obstacle à une demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari* que présente un prévenu pour contester son renvoi à procès et, dans l'affirmative, à quel moment y fait-il obstacle, et (ii) un juge qui mène une enquête préliminaire a-t-il compétence pour renvoyer un prévenu à procès pour meurtre au premier degré lorsque la dénonciation l'inculpe de meurtre au deuxième degré?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Quant à la première question, la Cour d'appel a conclu à bon droit qu'à un certain moment, l'acte d'accusation devient le document opérant dans la procédure criminelle. Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'ac-

move to quash the indictment by motion made in the trial court but he can no longer attack the regularity of the committal for trial by *certiorari*. When an indictment is preferred pursuant so 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. The simple act of signing and filing the indictment with the court clerk does not constitute preferment of the indictment sufficient to bar the right of the accused to challenge his committal order by way of *certiorari*. If the simple act of filing were to be determinative, the accused would be left in the position where his right to move to quash his committal for trial due to irregularities in the preliminary inquiry would depend upon the decision of the prosecutor as to the appropriate moment for filing the indictment. An indictment based upon a committal for trial without the intervention of a grand jury is not "preferred" against an accused until it is lodged with the trial court at the opening of the accused's trial, with a court ready to proceed with the trial. The mere presence of the indictment, and of the accused, before the judge in the Assignment Court are not sufficient to deprive the accused of his right to move to quash his committal. An indictment is preferred when it is before a court empowered to dispose of the case. In this case the indictment was never before a trial court constituted to dispose of the case and it did not bar the respondent's right to challenge his committal for trial.

As to the second issue, the inquiry of the judge presiding a preliminary hearing must be limited to 'charges' in informations outstanding against the accused at the time of the inquiry. If the scope of the preliminary inquiry were extended beyond actual 'charges' to include rumour or accusations, the basic principles of criminal law would be subverted. Even if s. 475(1) of the *Criminal Code* gives the power to the justice to commit "for trial" without imposing any express limitation on this power, this section must be read in the context of the preceding sections and the general scheme of Part XV of the *Code*. Logically, the power to commit cannot be larger than the power to inquire. Had Parliament wished to confer on a magistrate the power to commit an accused for any offence disclosed by the evidence, it could easily have done so in

cusé peut, par requête présentée devant le tribunal de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation, mais il ne peut plus contester par *certiorari* la régularité du renvoi à procès. 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. Le simple fait de signer l'acte d'accusation et de le produire auprès du greffier de la cour ne constitue pas une présentation de l'acte d'accusation suffisante pour faire obstacle au droit du prévenu de contester son renvoi à procès par voie de *certiorari*. Si la simple production était déterminante, le droit du prévenu de demander l'annulation de son renvoi à procès pour irrégularité à l'enquête préliminaire serait assujetti à la décision de la poursuite quant au moment approprié pour produire l'acte d'accusation. Un acte d'accusation fondé sur un renvoi à procès sans l'intervention d'un grand jury n'est pas «présenté» contre un prévenu tant qu'il n'est pas produit devant la cour de première instance à l'ouverture du procès du prévenu et que la cour n'est pas prête à commencer le procès. La simple présence de l'acte d'accusation et du prévenu devant un juge de la cour du rôle ne suffit pas à priver ce dernier de son droit de demander l'annulation de son renvoi à procès. Un acte d'accusation est présenté lorsqu'il se trouve devant un tribunal qui a le pouvoir de connaître de l'accusation. En l'espèce, l'acte d'accusation n'a jamais été soumis à un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation et il ne fait pas obstacle au droit de l'intimé de contester son renvoi à procès.

Quant à la deuxième question, l'enquête du juge qui préside l'enquête préliminaire doit être limitée aux «inculpations» énoncées dans les dénonciations pendantes contre le prévenu au moment de l'enquête. Si la portée de l'enquête préliminaire s'étendait au-delà des «inculpations» véritables pour comprendre les rumeurs ou accusations, ces principes fondamentaux du droit criminel seraient bouleversés. Même si le par. 475(1) du *Code criminel* confère au juge le pouvoir de renvoyer «à procès» sans imposer de limites expresses à ce pouvoir, cet article doit être interprété dans le contexte des articles précédents et de l'économie générale de la Partie XV du *Code*. Logiquement, le pouvoir de renvoyer à procès ne peut être plus large que celui de faire enquête. Si le législateur avait voulu conférer au magistrat le pouvoir de renvoyer un prévenu à procès sur toute

clear terms. There is no authority, express or implied, in the *Code* to commit for trial on other offences disclosed by the evidence, whether these offences are related or unrelated to the original charge, unless it is an included offence.

Doyle v. The Queen, [1977] 1 S.C.R. 597; *R. v. Nyczyk* (1919), 31 C.C.C. 240; *R. v. Botting* (1966), 48 C.R. 73, [1966] 2 O.R. 121; *Ex p. Salajko* (1974), 19 C.C.C. (2d) 368; *R. v. Morin* (1917), 28 C.C.C. 269; *R. v. Seguin* (1912), 20 C.C.C. 69; *R. v. Elliott*, [1970] 2 O.R. 102; *Re Beeds and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Philbin and Henderson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 528; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 12 C.R. (3d) 262; *Re Joly and The Queen* (1978), 41 C.C.C. (2d) 538; *R. v. Sednyk* (1956), 23 C.R. 340; *R. v. Harrigan and Graham* (1975), 33 C.R.N.S. 60; *Ex p. McGrath* (1975), 23 C.C.C. (2d) 214; *R. v. Mooney* (1905), 15 Que. K.B. 57; *R. v. Philips* (1906), 11 O.L.R. 478; *R. v. Brown*, [1895] 1 Q.B. 119; *R. v. Beaudoin* (1913), 22 C.C.C. 319; *Re Shumiatcher*, [1964] 3 C.C.C. 359; *Re Carriere, Preet and Davidson* (1970), 14 C.R.N.S. 20; *R. v. Monkman* (1975), 30 C.R.N.S. 338; *Eusler and Budovitch and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 501, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from the dismissal of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid to quash the committal for trial of the accused on a charge of first degree murder. Appeal dismissed.

David H. Doherty, for the appellant.

Donald B. Bayne and *Alan D. Gold*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Two questions fall to be decided in the present appeal: (i) does an indictment constitute a bar to an accused's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid challenging his committal for trial and, if so, at what point does it constitute a bar, and (ii) does a judge conducting a preliminary inquiry have jurisdiction to commit an accused for trial on the offence of first degree

[1] (1979), 49 C.C.C. (2d) 481, 10 C.R. (3d) 24.

infraction révélée par la preuve, il aurait facilement pu le faire en termes clairs. Aucune disposition expresse ou implicite du *Code* ne permet le renvoi à procès sur d'autres infractions révélées par la preuve, que ces infractions soient reliées ou non reliées à l'inculpation originale, à moins que ce ne soit une infraction comprise.

Jurisprudence: *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *R. v. Nyczyk* (1919), 31 C.C.C. 240; *R. v. Botting* (1966), 48 C.R. 73, [1966] 2 O.R. 121; *Ex p. Salajko* (1974), 19 C.C.C. (2d) 368; *R. v. Morin* (1917), 28 C.C.C. 269; *R. v. Seguin* (1912), 20 C.C.C. 69; *R. v. Elliott*, [1970] 2 O.R. 102; *Re Beeds and The Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Philbin and Henderson* (1977), 37 C.C.C. (2d) 528; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 12 C.R. (3d) 262; *Re Joly and The Queen* (1978), 41 C.C.C. (2d) 538; *R. v. Sednyk* (1956), 23 C.R. 340; *R. v. Harrigan and Graham* (1975), 33 C.R.N.S. 60; *Ex. p. McGrath* (1975), 23 C.C.C. (2d) 214; *R. c. Mooney* (1905), 15 B.R. 57; *R. v. Philips* (1906), 11 O.L.R. 478; *R. v. Brown*, [1895] 1 Q.B. 119; *R. v. Beaudoin* (1913), 22 C.C.C. 319; *Re Shumiatcher*, [1964] 3 C.C.C. 359; *Re Carriere, Preet and Davidson* (1970), 14 C.R.N.S. 20: *R. v. Monkman* (1975), 30 C.R.N.S. 338; *Eusler and Budovitch and The Queen* (1978), 43 C.C.C. (2d) 501.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel du rejet d'une demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari* pour casser le renvoi à procès de l'accusé sur une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

David H. Doherty, pour l'appelante.

Donald B. Bayne et *Alan D. Gold*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Ce pourvoi doit résoudre deux questions: (i) un acte d'accusation fait-il obstacle à une demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari* que présente un prévenu pour contester son renvoi à procès et, dans l'affirmative, à quel moment y fait-il obstacle, et (ii) un juge qui mène une enquête préliminaire a-t-il compétence pour renvoyer un prévenu à procès pour meurtre

[1] (1979), 49 C.C.C. (2d) 481, 10 C.R. (3d) 24.

murder when the information charges the accused with the offence of second degree murder.

I

The respondent, Richard Ferdinand Chabot, was charged in an information that on or about the 27th day of January 1978 at the City of Ottawa he did unlawfully kill one Dwayne Weldon Nichol, contrary to the form of the *Criminal Code*, s. 214. A preliminary inquiry proceeded in Ottawa before a judge of the Provincial Court (Criminal Division). Evidence was heard on each of three days. The Crown concluded its case on the second day and the accused elected to call evidence. On the third day defence counsel for the first time advanced the proposition that the information charged the offence of second degree murder and not first degree murder. Defence counsel was correct, of course, as s. 511 of the *Code* provides that no person shall be convicted for the offence of first degree murder unless in the indictment charging the offence he is specifically charged with that offence. The information did not specifically charge first degree murder and therefore s. 214(7) applied: all murder that is not first degree murder is second degree murder.

Counsel for the Crown advised the court that it had come as somewhat as a surprise to him that the preliminary hearing had been proceeding on the basis of an information which did not specifically charge first degree murder. He nonetheless requested a committal on the more serious charge. The Court indicated that the defence could call further evidence if so advised. Defence counsel declined the offer. On August 14, 1978, the judge concluded he had jurisdiction and committed the respondent for trial on the charge of first degree murder. The same day the crown attorney signed an indictment charging the respondent with that offence. The indictment was lodged with the registrar of the Supreme Court of Ontario at Ottawa.

By notice of motion dated August 18, 1978, returnable September 5, 1978, counsel for the respondent challenged the committal for trial by

au premier degré lorsque la dénonciation l'inculpe de meurtre au deuxième degré?

I

L'intimé, Richard Ferdinand Chabot, a été inculpé dans une dénonciation d'avoir tué un nommé Dwayne Weldon Nichol, le 27 janvier 1978 ou vers cette date, en la ville d'Ottawa, contrairement aux dispositions de l'art. 214 du *Code criminel*. Une enquête préliminaire a été tenue à Ottawa devant un juge de la Cour provinciale (Division criminelle). L'audition de la preuve s'est poursuivie pendant trois jours. Le ministère public a terminé sa preuve le deuxième jour et l'accusé a choisi de faire entendre des témoins. Le troisième jour, l'avocat de la défense a, pour la première fois, fait valoir que la dénonciation inculpait de meurtre au deuxième degré et non de meurtre au premier degré. L'avocat de la défense avait raison, bien sûr, puisque l'art. 511 du *Code* prévoit que seules les personnes expressément inculpées de meurtre au premier degré peuvent être déclarées coupables de cette infraction. La dénonciation n'inculpait pas expressément de meurtre au premier degré et donc le par. 214(7) s'appliquait: les meurtres qui n'appartiennent pas à la catégorie des meurtres au premier degré sont des meurtres au deuxième degré.

Le substitut du procureur général a informé la cour qu'il avait été quelque peu surpris que l'enquête préliminaire se soit déroulée sur le fondement d'une dénonciation qui n'imputait pas expressément un meurtre au premier degré. Il a néanmoins demandé le renvoi à procès sur l'inculpation la plus grave. La cour a invité la défense à faire entendre d'autres témoins si elle le désirait. L'avocat de la défense a refusé l'offre. Le 14 août 1978, le juge a conclu qu'il avait compétence et a renvoyé l'intimé à son procès sur l'inculpation de meurtre au premier degré. Le même jour le substitut du procureur général a signé un acte d'accusation inculpant l'intimé de cette infraction. L'acte d'accusation a été produit auprès du registraire de la Cour suprême de l'Ontario à Ottawa.

Par avis de requête daté du 18 août 1978, à présenter le 5 septembre 1978, l'avocat de l'intimé a contesté le renvoi à procès au moyen d'une

way of an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid.

On August 21, 1978, the respondent and his counsel appeared before a judge of the Supreme Court of Ontario in what is referred to in Ontario as "Assignment Court", with a view to setting a date for trial. The presiding judge had the indictment before him and endorsed it to indicate when trial would commence. Trial did not proceed on the day assigned. Since the initial appearance the indictment has been dealt with by various judges of the Supreme Court of Ontario on six Assignment Court occasions. The respondent has never appeared on a fixed trial date; there is no suggestion in the endorsements on the indictment that he was ever arraigned or asked to plead to the indictment.

The respondent's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid came before Mr. Justice Dupont on October 19, 1978 and was dismissed. The judge held that the power to commit for a more serious offence was supported by a series of cases which suggested that an accused could be committed for any criminal charge revealed by the evidence. Though none of the cases specifically authorized committal upon a more serious charge the power existed, in the opinion of Mr. Justice Dupont, at least where such other offence is "related" to the initial charge. While the power of a magistrate to commit for offences other than those specified in the information was not expressly authorized in the *Code*, such power was conferred by "necessary implication": *Doyle v. The Queen*[2].

The respondent launched an appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the order committing the respondent for trial on first degree murder and remitted the matter to the Provincial Court Judge to commit for trial on a charge of second degree murder, if so advised. The Court raised, *proprio motu*, the point as to whether it was open to the accused to attack his committal for trial once the indictment had been lodged.

[2] [1977] 1 S.C.R. 597.

demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari*.

Le 21 août 1978, l'intimé et son avocat ont comparu devant un juge de la Cour suprême de l'Ontario siégeant, suivant l'appellation connue en Ontario, comme «cour du rôle», afin de faire fixer la date du procès. Le juge qui présidait avait l'acte d'accusation devant lui et y a inscrit la date du début du procès. Le procès n'a pas débuté au jour fixé. Depuis la comparution initiale, l'acte d'accusation a été soumis à six reprises devant divers juges de la Cour suprême de l'Ontario siégeant en cour du rôle. L'intimé n'a jamais comparu à une date fixée pour son procès; rien dans les inscriptions portées à l'endos de l'acte d'accusation ne laisse croire qu'il ait déjà été interpellé ou qu'on lui ait demandé de plaider en réponse à l'acte d'accusation.

La demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari* a été présentée par l'intimé devant le juge Dupont le 19 octobre 1978 et a été rejetée. Le juge a statué que le pouvoir de renvoyer un prévenu à son procès sur une infraction plus grave est appuyé par une série de décisions qui laissent à entendre qu'un prévenu peut être renvoyé pour subir son procès sur toute accusation criminelle révélée par la preuve. Bien qu'aucune des décisions n'ait expressément autorisé le renvoi à procès sur une accusation plus grave, de l'avis du juge Dupont, ce pouvoir existe, du moins lorsque l'autre infraction est «reliée» à l'inculpation initiale. Bien que le pouvoir d'un magistrat de renvoyer l'accusé à procès sur des accusations autres que celles mentionnées dans la dénonciation ne soit pas expressément énoncé par le *Code*, ce pouvoir a été conféré «implicitement»: *Doyle c. La Reine*[2].

L'intimé a interjeté un appel que la Cour d'appel a accueilli; elle a infirmé l'ordonnance de renvoi à procès de l'intimé sur l'accusation de meurtre au premier degré et renvoyé l'affaire au juge de la Cour provinciale pour qu'il renvoie à procès sur l'accusation de meurtre au deuxième degré, s'il le juge à-propos. La Cour a, de son propre chef, posé la question de savoir si l'accusé pouvait attaquer son renvoi à procès une fois l'acte

[2] [1977] 1 R.C.S. 597.

Brooke J.A., speaking for the Court, held that the indictment becomes the operative document only when it is "presented" to the Court and, in the circumstances, presentment had not occurred; the mere filing of the indictment did not operate as a bar to the accused's application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid.

On the substantive question, the Court held that the Provincial Court Judge could not commit on any charge disclosed by the evidence, but only a) upon the offence charged; b) on an included offence, or c) on an offence which the evidence disclosed the accused probably committed in the course of the alleged commission of the offence charged, but only where the evidence is not sufficient to put the accused on trial on the charge as laid. Brooke J.A. held there was no authority to commit an accused for an offence more serious than that specified in the information.

The Crown, with leave of this Court, now appeals.

II

The Indictment as a bar

Does the existence of an indictment *at some point* operate as a bar to an attack, by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid, upon the validity of the committal for trial; if so, *at what point* does it become a bar?

The Court of Appeal concluded, I think correctly, that at some point the indictment becomes the operative document in the criminal process. At that point, the indictment provides a "fresh starting point". The indictment in effect becomes the foundation upon which the further proceedings are built. After presentment of the indictment, the accused is free to move to quash the indictment by motion made in the trial court but he can no longer attack the regularity of the committal for trial by *certiorari*.

d'accusation produit. Le juge Brooke qui a exprimé l'opinion de la Cour, a conclu que l'acte d'accusation ne devient le document opérant que lorsqu'il est «déposé» à la Cour et que, dans les circonstances, il n'y avait pas eu dépôt de l'acte d'accusation. La simple production de l'acte d'accusation ne constitue pas un obstacle à la demande d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari* présentée par l'accusé.

Sur la question de fond, la Cour a statué que le juge de la Cour provinciale ne pouvait renvoyer à procès sur n'importe quelle accusation révélée par la preuve, mais seulement a) sur l'infraction imputée; b) sur une infraction comprise, ou c) sur une infraction que, suivant la preuve offerte, le prévenu a probablement commise lors de la perpétration alléguée de l'acte criminel dont il est inculpé, mais seulement lorsque la preuve est insuffisante pour que le prévenu subisse un procès sur l'accusation telle que portée. Le juge Brooke a conclu qu'aucun précédent ne permettait de renvoyer le prévenu à procès sur une infraction plus grave que celle mentionnée dans la dénonciation.

Ce pourvoi est interjeté par le ministère public sur autorisation de cette Cour.

II

L'acte d'accusation comme obstacle

L'existence d'un acte d'accusation *à un certain moment* fait-elle obstacle à une contestation, par voie d'*habeas corpus* assorti d'un *certiorari*, de la validité du renvoi à procès, et dans l'affirmative, *à quel moment* y fait-elle obstacle?

La Cour d'appel a conclu, à bon droit à mon avis, qu'à un certain moment, l'acte d'accusation devient le document opérant dans la procédure criminelle. A ce moment, l'acte d'accusation offre un «nouveau point de départ». En effet, l'acte d'accusation devient la base sur laquelle s'édifient les procédures subséquentes. Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'accusé peut, par requête présentée devant la cour de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation, mais il ne peut plus contester par *certiorari* la régularité du renvoi à procès.

The Crown relies generally on a line of authority developed during the period when the grand jury was still common in Canada. Under that system anyone, including the attorney general, could prefer a bill of indictment before the grand jury. The law did not require any notice to be given to an accused nor was it necessary to obtain prior authorization before preferring the indictment. The grand jury would proceed to hear evidence from the witnesses whose names were endorsed on the back of the indictment. If the jury found that a *prima facie* case had been made out, they would return a true bill against the accused, and the foreman would endorse upon the indictment the words, "a true bill". If the jury thought no such case had been made out, the foreman would endorse upon the indictment the words "no true bill".

The public return of the bill in open court was termed the 'presentment' of the indictment. When, under the earlier procedure, an indictment had been presented, the trial of the accused upon the indictment could then proceed, notwithstanding any irregularities in the proceedings before the magistrate, these last mentioned proceedings forming no part of the trial or the indictment: *R. v. Nyczyk*[3]. See *R. v. Botting*[4]; *Ex p. Salajko*[5]; *R. v. Morin*[6]; *R. v. Seguin*[7] and Tremeear's *Annotated Criminal Code* (6th Ed.) 836.

In nine of the provinces, including Ontario, there is no longer any grand jury; the attorney general or his agent may now prefer an indictment to the court following a preliminary inquiry (s. 507(2) of the *Code*). This new procedure has raised the problem of the application of the jurisprudence developed under the grand jury regime. Specifically, at what point can it be said that an indictment brought under s. 507(2) is 'presented' to the court? When does the indictment become

[3] (1919), 31 C.C.C. 240 (Man C.A.).
[4] (1966), 48 C.R. 73 (Ont. C.A.).
[5] (1974), 19 C.C.C. (2d) 368 (Ont. H.C.).
[6] (1917), 28 C.C.C. 269 (Que. K.B.).
[7] (1912), 20 C.C.C. 69 (Que. K.B.).

Le ministère public s'appuie de façon générale sur une jurisprudence élaborée alors que le recours au grand jury était encore courant au Canada. Selon ce système, toute personne, y compris le procureur général, pouvait présenter un projet d'acte d'accusation devant le grand jury. La Loi n'exigeait pas qu'un avis soit donné au prévenu et il n'était pas nécessaire d'obtenir une autorisation avant de présenter l'acte d'accusation. Le grand jury pouvait entendre les dépositions des témoins dont les noms étaient inscrits au verso de l'acte d'accusation. Si le jury était d'avis qu'il y avait une preuve *prima facie*, il pouvait présenter une déclaration d'acte d'accusation contre l'accusé, et le président du grand jury inscrivait sur l'accusation les mots «déclaration d'acte d'accusation». Si le jury était d'avis que la preuve n'établissait pas *prima facie* l'accusation, le président du grand jury inscrivait sur l'accusation les mots «accusation non fondée».

Le rapport public d'un projet d'acte d'accusation devant la cour était appelé le «dépôt» de l'acte d'accusation. Suivant l'ancienne procédure, lorsqu'un acte d'accusation avait été déposé, le procès de l'accusé sur l'acte d'accusation pouvait alors commencer, indépendamment de toute irrégularité dans les procédures devant le magistrat, puisque ces dernières ne faisaient pas partie du procès ni de l'acte d'accusation: *R. v. Nyczyk*[3]. Voir *R. v. Botting*[4]; *Ex p. Salajko*[5]; *R. v. Morin*[6]; *R. v. Seguin*[7] et Tremeear's *Annotated Criminal Code* (6e éd.) 836.

Dans neuf des provinces, y compris l'Ontario, il n'existe plus de grand jury; le procureur général ou son représentant peut maintenant présenter un acte d'accusation devant la cour suite à l'enquête préliminaire (par. 507(2) du *Code*). Cette nouvelle procédure a fait naître le problème de l'application de la jurisprudence élaborée sous le régime du grand jury. A quel moment exactement peut-on dire qu'un acte d'accusation produit en vertu du par. 507(2) est «déposé» à la cour? A quel moment

[3] (1919), 31 C.C.C. 240 (C.A. Man.).
[4] (1966), 48 C.R. 73 (C.A. Ont.).
[5] (1974), 19 C.C.C. (2d) 368 (H.C. Ont.).
[6] (1917), 28 C.C.C. 269 (B.R. Qué.).
[7] (1912), 20 C.C.C. 69 (B.R. Qué.).

the operative document closing the door to a challenge, by *certiorari*, to the committal?

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.

The Courts have spoken with less than complete unison as to the precise moment at which the indictment becomes the operative document in the proceedings. Broadly speaking, two views emerge from the authorities. The first is that expressed by Jessup J.A. in the case of *R. v. Elliott*[8]. In that case, in contrast to the instant case, the Crown was arguing that an indictment was not 'preferred' until the accused had actually been arraigned on the charge. Jessup J.A. dealt with the submission in these words.

> It is the result of my view of what actually transpired at the trial that it is unnecessary to determine the precise moment at which an indictment must be deemed to be preferred within the meaning of s. 478. In *R. v. Jun Goon et al* (1916), 25 C.C.C. 415, 28 D.L.R. 374, 22 B.C.R. 381 *sub nom.* Jun Goon, Martin J.A., expressed the view that it is the reading of the charge to the accused by the clerk which constitutes the preferring of an indictment as well as the first part of the arraignment, the second part of which consists in asking the accused whether he is guilty or not. However, I think it is clear that preferment occurs at an earlier time in proceedings under ss. 486 and 487. If it were necessary to decide the point I would prefer the view that an indictment is preferred when it is delivered into the custody of a Court constituted to try the accused. (p. 106) (Emphasis added.)

This dictum was followd by J. Holland J. in *Re Newstead and Dollan and The Queen* (unreported decision of the Ontario High Court, October 30,

[8] [1970] 2 O.R. 102.

l'acte d'accusation devient-il le document opérant empêchant la contestation par *certiorari* du renvoi à procès?

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

Les tribunaux sont loin d'être unanimes sur le moment précis auquel un acte d'accusation devient le document opérant dans les procédures. On peut dégager deux tendances principales de la jurisprudence. La première a été formulée par le juge Jessup en Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Elliott*[8]. Dans cette affaire, contrairement à la présente, le ministère public prétendait que l'acte d'accusation n'était pas «présenté» tant que le prévenu n'avait pas effectivement été interpellé sur l'inculpation. Le juge Jessup s'est prononcé ainsi sur cette prétention:

> [TRADUCTION] Selon mon opinion de ce qui s'est réellement passé au procès, il n'est pas nécessaire de déterminer le moment exact auquel un acte d'accusation doit être réputé présenté au sens de l'art. 478. Dans *R. v. Jun Goon et al.* (1916), 25 C.C.C. 415, 28 D.L.R. 374, 22 B.C.R. 381, *sub nom.* Jun Goon, le juge Martin de la Cour d'appel a déclaré que c'est la lecture de l'inculpation au prévenu par le greffier qui constitue la présentation de l'acte d'accusation de même que la première partie de l'interpellation; la deuxième partie est la question posée à l'accusé de savoir s'il est coupable ou non coupable. Toutefois il est clair, à mon avis, que dans les procédures intentées en vertu des art. 486 et 487, la présentation a lieu plus tôt. S'il était nécessaire de trancher la question je serais plutôt d'avis que l'acte d'accusation est présenté lorsqu'il est confié au tribunal qui doit connaître de l'accusation. (à la p. 106) (C'est moi qui souligne.)

Ce *dictum* a été appliqué par le juge J. Holland dans *Re Newstead and Dollan and The Queen* (arrêt inédit de la Haute Cour de l'Ontario du 30

[8] [1970) 2 O.R. 102.

1979). In that case, the Crown had preferred two indictments against two accused. The accused had appeared before a trial judge on a fixed trial date on two occasions but each time the proceedings had been adjourned. Subsequently, Holland J. heard applications to quash the committals for trial. He dismissed the applications on the ground that the indictments had been before a trial court constituted to try the accused and thus it was no longer open to the accused to challenge the committal for trial directly.

The other view that has emerged on the question is slightly different. In addition to requiring that the indictment be before a court ready to try the accused, this approach requires that the indictment actually shall have been read to the accused and a plea taken before the indictment becomes the operative document. In *Re Beeds and The Queen*[9], Disberry J. heard an application to quash a committal for trial after an indictment had been signed by the attorney general and filed with the court. Disberry J. concluded that the signing and filing of the indictment were only administrative acts which did not alter the right of the accused to challenge his committal. He stated:

> I find, following these authorities that indictments are "preferred" in Court and during the arraignment of the accused which precedes the commencement of the trial: *R. v. Wakeling, Ex. p. Block*, [1966] 1 C.C.C. 90 at pp. 93 *et seq.*, 52 W.W.R. 548 *sub nom Block v. Schauerte.* It is done by the Clerk reading the indictment to the accused followed by the question: "How say you, Are you Guilty or Not Guilty". (p. 470)

This approach was endorsed by the Court of Appeal of the Province of Alberta in *R. v. Philbin and Henderson*[10]. In *R. v. Deol, Gill and Randev*[11] it was held that an indictment had been preferred when signed, handed to the clerk, and read to the accused.

[9] (1972), 8 C.C.C. (2d) 462.
[10] (1977), 37 C.C.C. (2d) 528 (Alta C.A.).
[11] (1979), 12 C.R. (3d) 262 (Alta Q.B.).

octobre 1979). Dans cette affaire, le ministère public avait présenté deux actes d'accusation contre deux prévenus. Ceux-ci ont comparu devant un juge de première instance à une date fixée pour le procès à deux reprises mais chaque fois il y a eu remise. Par la suite, le juge Holland a été saisi de deux demandes d'annulation des renvois à procès. Il les a rejetées pour le motif que les actes d'accusation avaient été présentés à une cour de première instance qui devait connaître de l'accusation et que les accusés ne pouvaient donc plus contester directement le renvoi à procès.

L'autre opinion qui est apparue sur la question est quelque peu différente. En plus d'exiger que l'acte d'accusation se trouve devant une cour prête à connaître de l'accusation, il faut que l'acte d'accusation ait réellement été lu au prévenu et qu'un plaidoyer ait été enregistré avant que l'acte d'accusation devienne le document opérant. Dans *Re Beeds and The Queen*[9], le juge Disberry était saisi d'une requête en annulation de renvoi à procès après que l'acte d'accusation eut été signé par le procureur général et produit auprès de la cour. Le juge Disberry a conclu que la signature et la production de l'acte d'accusation n'étaient que des procédures administratives qui ne modifiaient pas le droit du prévenu de contester son renvoi à procès. Il a dit:

> [TRADUCTION] Appliquant cette jurisprudence, je suis d'avis que les actes d'accusation sont «présentés» à la cour pendant l'interpellation du prévenu qui précède le début du procès: *R. v. Wakeling, Ex. p. Block*, [1966] 1 C.C.C. 90 aux pp. 93 et suiv., 52 W.W.R. 548 *sub nom Block v. Schauerte.* Cela se produit lorsque le greffier lit l'acte d'accusation au prévenu, puis demande: «Plaidez-vous coupable ou non coupable». (à la p. 470)

La Cour d'appel de l'Alberta a adopté cette façon de voir dans l'arrêt *R. v. Philbin and Henderson*[10]. L'arrêt *R. v. Deol, Gill and Randev*[11] décide qu'il y a présentation d'un acte d'accusation lorsque ce dernier est signé, remis au greffier et lu au prévenu.

[9] (1972), 8 C.C.C. (2d) 462.
[10] (1977), 37 C.C.C. (2d) 528 (C.A. Alta).
[11] (1979), 12 C.R. (3d) 262 (B.R. Alta).

Other authorities which have had occasion to consider the question have not expressed any decided view on the precise moment at which it can be said that an indictment has been 'preferred', but have held that the simple act of signing the indictment and filing it with the clerk of the court cannot constitute preferment. One such case is *Re Joly and The Queen*[12], a decision of Mr. Justice Krever of the Ontario High Court. In that case an indictment had been signed and filed with the Court but no further action had been taken by the Crown. Krever J. rejected the submission that the accused could no longer challenge his right to committal:

> The first matter to be dealt with is Mr. Macdougall's submission that I have no jurisdiction to entertain this motion because an indictment has now been signed by an Assistant Crown Attorney as agent for the Attorney General and the applicant is now facing trial under that indictment and not the order of warrant of committal of the learned Provincial Court Judge. I do not accept that submission. I do not think that *Ex parte Salajko* (1974), 19 C.C.C. (2d) 368, and *Re Stewart et al and The Queen (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281, when read together, given the issues those cases actually dealt with, fairly give rise to the proposition that the jurisdiction of a Supreme Court Judge to entertain the important remedy of *habeas corpus* is removed simply by the Crown Attorney's signing an indictment before the accused, who moves with reasonable speed after his committal, has in fact served his notice of motion. In this situation the race cannot be to the swifter. (p. 539) (Emphasis added.)

To the same effect is the judgment of Freedman J., as he was then, in *R. v. Sednyk*[13]. In this case the accused sought to quash his committal for trial after the indictment had been signed and filed. He was to be arraigned on the indictment in two days time. Freedman J. stated that "notwithstanding the existence of the indictment, the accused was entitled to bring the present motion" (p. 342). He proceeded to review the evidence and eventually set aside the committal order of the provincial court judge.

[12] (1978), 41 C.C.C. (2d) 538.

[13] (1956), 23 C.R. 340 (Man. Q.B.).

D'autres décisions dans lesquelles on a examiné la question ne déterminent pas le moment précis auquel on peut dire qu'un acte d'accusation est «présenté», mais il en ressort que la simple signature de l'acte d'accusation et sa remise au greffier de la cour ne peuvent constituer une présentation. On peut mentionner à ce titre la décision du juge Krever de la Haute Cour de l'Ontario, *Re Joly and The Queen*[12]. Dans cette affaire un acte d'accusation avait été signé et produit auprès de la Cour mais le ministère public n'avait pris aucune autre procédure. Le juge Krever a rejeté la prétention que le prévenu ne pouvait plus contester son renvoi à procès:

> [TRADUCTION] Il faut d'abord examiner la prétention de Me Macdougall que je n'ai pas compétence pour connaître de cette requête puisque l'acte d'accusation a déjà été signé par le sous-procureur général à titre de représentant du procureur général et que le requérant doit maintenant subir son procès sur cet acte d'accusation et non en vertu de l'ordonnance de renvoi à procès du savant juge de la Cour provinciale. Je ne peux accepter cette prétention. Je ne crois pas que le rapprochement des arrêts *Ex parte Salajko* (1974), 19 C.C.C. (2d) 368, et *Re Stewart et al. and The Queen (No 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 281, compte tenu des questions examinées dans ces affaires, permet raisonnablement de prétendre que la compétence d'un juge de la Cour suprême de connaître du recours important de l'*habeas corpus* soit écartée du simple fait que le substitut a signé un acte d'accusation devant le prévenu, qui, sans perdre de temps après son renvoi à procès, a effectivement signifié son avis de requête. Dans cette situation la course ne peut revenir au plus rapide. (C'est moi qui souligne.) (à la p. 539)

Le jugement du juge Freedman, tel était son titre, va dans le même sens dans l'arrêt *R. v. Sednyk*[13]. Dans cette affaire le prévenu cherchait à faire annuler son renvoi à procès après que l'acte d'accusation eut été signé et produit. Il devait être interpellé sur l'acte d'accusation deux jours plus tard. Le juge Freedman a dit que [TRADUCTION] «malgré l'existence de l'acte d'accusation, le prévenu avait le droit de présenter cette requête» (à la p. 342). Il a ensuite examiné la preuve et a finalement infirmé l'ordonnance de renvoi à procès du juge de la cour provinciale.

[12] (1978), 41 C.C.C. (2d) 538.

[13] (1956), 23 C.R. 340 (B.R. Man.).

In *R. v. Harrigan and Graham*[14] (appeal dismissed for want of jurisdiction[15]), Mr. Justice Henry of the Supreme Court of Ontario noted the distinction between s. 505 of the *Code* (preferral of a bill of indictment before the grand jury of any court constituted with a grand jury) and s. 507, with which we are concerned, where there is no grand jury, saying at p. 64:

While s. 507 bears striking similarities to s. 505 of the *Code* (with which I am concerned) it is to be noted that in provinces where there is provision for a grand jury a bill of indictment is preferred before the grand jury and the latter presents the indictment to the court.

There is a distinction between the two subsections in that where there is no grand jury the indictment is preferred in the court at the opening of the trial and the accused is thereupon arraigned whereas under s. 505 the bill of indictment is preferred before the grand jury before the trial commences and in practice in the absence of the accused. It is not a part of the trial.

This review of the authorities yields the following three propositions:

1. The simple act of signing and filing the indictment with the court clerk does not constitute preferment of the indictment sufficient to bar the right of the accused to challenge his commital order.

2. Preferment of the indictment may occur when the indictment is before a trial court constituted to try the accused (*R. v. Elliott, supra*).

3. Alternatively, preferment may occur when the indictment is read to the accused in open court and he is asked to plead to the charge (*Re Beeds, supra*).

This ambiguity in the authorities was not entirely resolved by the judgment of the Court of Appeal in the present case. The relevant passage in the judgment of Brooke J.A. reads:

In my opinion the right of the accused to move against his committal for trial by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid was not affected by the unilateral act of simply signing and filing a form of indictment in the office of the registrar of the Court. It is only when the indictment has been presented to the Court that the accused is indicted and this means more than simply

[14] (1975), 33 C.R.N.S. 60.
[15] (1975), 33 C.R.N.S. 72.

Dans *R. v. Harrigan and Graham*[14] (appel rejeté pour défaut de compétence[15]), le juge Henry de la Cour suprême de l'Ontario a fait ressortir la distinction entre l'art. 505 du *Code* (présentation d'un projet d'acte d'accusation devant le grand jury d'une cour constituée avec grand jury) et l'art. 507, en cause ici, où il n'y a pas de grand jury; il dit à la p. 64:

[TRADUCTION] Bien que l'art. 507 comporte des similitudes frappantes avec l'art. 505 du *Code* (qui m'intéresse ici), il faut remarquer que dans les provinces où le régime de grand jury existe, un projet d'acte d'accusation est présenté devant le grand jury et ce dernier présente l'acte d'accusation à la cour.

La distinction entre les deux articles est qu'en l'absence d'un grand jury, l'acte d'accusation est présenté à la cour à l'ouverture du procès et le prévenu est interpellé sur cet acte, alors qu'en vertu de l'art. 505, le projet d'acte d'accusation est présenté devant le grand jury avant le début du procès et généralement en l'absence du prévenu. Il ne fait pas partie du procès.

Trois propositions découlent de cet examen de la jurisprudence:

1. Le simple fait de signer l'acte d'accusation et de le produire auprès du greffier de la cour ne constitue pas une présentation de l'acte d'accusation suffisante pour faire obstacle au droit du prévenu de contester son renvoi à procès.
2. La présentation de l'acte d'accusation *peut* se produire lorsque l'acte d'accusation est devant le tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation (*R. v. Elliott*, précité).
3. Subsidiairement, il *peut* y avoir présentation lorsque l'acte d'accusation est lu au prévenu devant la cour et qu'on lui demande de plaider à l'accusation (*Re Beeds*, précité).

Cette ambiguïté dans la jurisprudence n'a pas été entièrement résolue par l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire. Voici le passage pertinent des motifs du juge Brooke:

[TRADUCTION] A mon avis l'acte unilatéral de simple signature et de production d'une formule d'acte d'accusation au greffe de la Cour ne porte pas atteinte au droit du prévenu de contester son renvoi à procès au moyen d'un *habeas corpus* assorti d'un *certiorari*. Ce n'est que lorsque l'acte d'accusation est déposé à la Cour que le prévenu devient accusé et cela signifie plus que la simple

[14] (1975), 33 C.R.N.S. 60.
[15] (1975), 33 C.R.N.S. 72.

filing an indictment in the office of the registrar. This was and is the effect of the procedure where there is a grand jury and I think that parliament intended that the procedure in provinces where there is no grand jury should be substantially the same. It was for this reason that parliament equated "presentment" and "preferring" in s. 503 of the *Criminal Code*.

Perhaps the grand jury added a safeguard to the interest of the accused, and so with the abolition of the grand jury it is much fairer to the accused that there be no technical obstructions to his challenging his committal for trial down to the time that he may be called upon to answer the indictment.

Brooke J.A. clearly endorses "proposition 1" above to the effect that the simple act of filing the indictment cannot affect the rights of the accused. It is less certain which of propositions 2 or 3 he accepts.

Following the hearing of this appeal, the Court, with a view to determining whether any uniform practice prevailed, requested the attorneys general of the various provinces and of the federal government to provide information as to the procedures normally followed within their respective jurisdictions with regard to the drafting and filing of indictments. The last of such reports containing such information has now come to hand. One can only conclude upon reading the reports that no uniform practice prevails. Procedures differ as between provinces and indeed, at times from jurisdiction to jurisdiction within the provinces and even within a single jurisdiction. This is not surprising. In the absence of statutory or other directives it is natural and proper that practices and procedures should develop to meet local needs and conditions.

In very general terms the normal procedure appears to be the following:

a) The indictment is usually prepared almost immediately after the committal for trial and is at once filed with the clerk of the relevant court; it should be noted, however, that in some jurisdictions it is never filed; in others, an unsigned copy of the indictment is filed and the indictment is not signed until the opening of trial.

production d'un acte d'accusation au greffe. Tel était et demeure l'effet de la procédure lorsqu'il y a un grand jury et je crois que le législateur a voulu que la procédure demeure sensiblement la même dans les provinces où il n'y a pas de grand jury. C'est pour cette raison que le législateur a placé sur le même pied la «déclaration» et la «présentation» à l'art. 503 du *Code criminel*.

Le grand jury offrait peut-être une protection supplémentaire au prévenu et, avec son abolition, il est plus juste pour ce dernier qu'aucun obstacle de procédure ne l'empêche de contester son renvoi à procès jusqu'au moment où il doit répondre à l'acte d'accusation.

Le juge Brooke a nettement adopté la «proposition 1» susmentionnée portant que la simple production de l'acte d'accusation ne peut porter atteinte aux droits de l'accusé. Par ailleurs son choix entre la proposition 2 ou la proposition 3 est moins évident.

Suite à l'audition de ce pourvoi et afin de vérifier s'il se dégage une pratique uniforme, la Cour a demandé aux procureurs généraux des différentes provinces et du gouvernement fédéral de l'informer des procédures généralement appliquées dans leur sphère de compétence relativement à la rédaction et à la production des actes d'accusation. Le dernier des rapports à ce sujet nous a maintenant été remis. On peut seulement conclure à la lecture de ces rapports qu'il n'y a pas de pratique uniforme. Les procédures diffèrent entre les provinces et même parfois d'une juridiction à l'autre dans une même province et même à l'intérieur d'une même juridiction. Ce n'est pas surprenant. En l'absence de directives dans la loi ou ailleurs, il est naturel et normal que des pratiques et des procédures s'élaborent pour répondre aux nécessités et aux conditions locales.

Voici en termes très généraux la procédure qui semble normalement suivie:

a) l'acte d'accusation est généralement dressé presque immédiatement après le renvoi à procès et est aussitôt produit auprès du greffier de la cour compétente; il faut remarquer, toutefois, que dans certains ressorts, il n'y a jamais de production; dans d'autres, une copie non signée de l'acte d'accusation est produite et l'acte d'accusation n'est pas signé avant l'ouverture du procès;

b) the accused may or may not be informed when the indictment is filed with the court. A number of the provinces indicated that, as a courtesy, a copy of the indictment is mailed to the accused or his counsel, but British Columbia, Quebec and a number of federal prosecutors indicated that they did not inform the accused when the indictment is filed.

c) in general, the indictment is first placed before the court in which the trial is to be held on the actual trial date itself. At this time the accused is arraigned and a formal plea is entered, but this practice is not uniform and some jurisdictions have a separate "arraignment date" at which time the accused is asked to plead to the charge.

d) in a very limited number of jurisdictions an assignment court is held for the purpose of fixing trial dates.

I regard this evidence as relevant to the question of the point at which the indictment can be said to have been 'preferred'. In particular, I regard it as confirming "proposition 1" derived from analysis of the case law—the simple act of filing an indictment with a clerk could not operate as a bar to the rights of an accused to challenge his committal by way of *certiorari*. As I have indicated, in many jurisdictions there is no formal procedure for informing the accused as to when the indictment has been filed with the court. The reports show, unmistakably to my mind, that, across the country, neither crown counsel nor defence counsel have considered the mere filing of the indictment to be material.

If the simple act of filing were to be determinative, the accused would be left in the position where his right to move to quash his committal for trial due to irregularities in the preliminary inquiry would depend upon the decision of the prosecutor as to the appropriate moment for filing the indictment. The right to challenge committal for trial by prerogative writ would be fleeting indeed. Witness the present case. In the language of Mr. Justice Krever in *Joly*, the race would be to the

b) le prévenu n'est pas toujours informé de la production de l'acte d'accusation à la cour. Plusieurs provinces ont laissé savoir que, par mesure de courtoisie, une copie de l'acte d'accusation est envoyée au prévenu ou à son avocat, mais la Colombie-Britannique, le Québec et plusieurs substituts du procureur général fédéral ont fait savoir qu'ils n'informaient pas le prévenu de la production de l'acte d'accusation;

c) en général l'acte d'accusation est remis à la cour où doit se dérouler le procès le jour même du procès. A ce moment le prévenu est interpellé et doit enregistrer un plaidoyer formel, mais cette pratique n'est pas uniforme et, dans certains ressorts, il y a une «date d'interpellation» distincte à laquelle le prévenu doit répondre à l'accusation;

d) dans quelques rares ressorts, une cour du rôle siège pour fixer les dates de procès.

Je considère cette preuve pertinente pour déterminer à quel moment l'on peut dire qu'un acte d'accusation a été «présenté». Plus particulièrement, je suis d'avis qu'elle confirme la «proposition 1» qui découle de l'analyse de la jurisprudence, savoir la simple production d'un acte d'accusation auprès d'un greffier ne constitue pas un obstacle aux droits du prévenu de contester son renvoi à procès au moyen d'un *certiorari*. Comme je l'ai dit, dans plusieurs juridictions il n'y a aucune procédure formelle qui vise à informer le prévenu de la production de l'acte d'accusation auprès de la cour. Les rapports indiquent, indubitablement à mon avis, qu'à travers le pays, ni les substituts du procureur général ni les procureurs de la défense ne considèrent importante la simple production de l'acte d'accusation.

Si la simple production était déterminante, le droit du prévenu de demander l'annulation de son renvoi à procès pour irrégularité à l'enquête préliminaire serait assujetti à la décision de la poursuite quant au moment approprié pour produire l'acte d'accusation. Le droit de contester le renvoi à procès au moyen d'un bref de prérogative serait vraiment précaire. La présente affaire en est la preuve. Pour reprendre les paroles du juge Krever dans *Joly*, la course reviendrait au plus rapide. Le

swifter. The accused's remedy should not be left to the whim of the Crown. I can see little justification for raising technical obstructions to the right of an accused to attack by prerogative writ his committal for trial, down to the time when he may be called upon to answer the indictment.

This leaves a choice between proposition 2 and proposition 3 as to the point at which the indictment has been 'preferred'. I would observe, however, that regardless of which proposition is selected, the result will be that the respondent in this case would not be precluded from challenging his committal. There is no suggestion that the indictment has ever been before a trial court constituted and ready to try him nor has he ever been arraigned and pleaded to the indictment.

I turn for a moment to s. 507.1(1) which reads:

> 507.1(1) Where an indictment has been presented to a court, a judge of the court, if he considers it necessary, may issue
>
> a) a summons addressed to the accused, or
>
> b) a warrant for the arrest of the accused to compel the accused to attend before him to answer the charge described in the indictment.

Crown counsel did not take the point during argument but it should, I think, be noted that in the French version of the *Code*, the opening words of s. 507.1(1) read: "Après le dépot de l'acte d'accusation ...". Although the French version may be thought to support the argument that the indictment is presented to the Court when it is deposited or filed, and thereafter follow sequentially a summons or warrant to compel attendance and then a trial, I would reject the argument. Section 507.1(1) is of recent origin. Enacted recently (1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 59), its purpose, I think, was to provide statutory authority for compelling attendance by an accused, following indictment, see *Ex. p. McGrath*[16]. If it had been enacted for some other purpose, such as to impose an obligation to file, the result of which would foreclose challenge to committal for trial, one would

[16] (1975), 23 C.C.C. (2d) 214 (B.C.S.C.).

recours du prévenu ne devrait pas dépendre des caprices du ministère public. Je ne trouve pas justifié d'opposer des obstacles de procédure au droit du prévenu de contester son renvoi à procès au moyen d'un bref de prérogative, jusqu'au moment même où il peut avoir à répondre à l'acte d'accusation.

Il faut donc choisir entre les propositions 2 et 3 pour déterminer le moment auquel l'acte d'accusation a été «présenté». Je ferais toutefois remarquer qu'indépendamment de la proposition choisie, on ne saurait empêcher l'intimé en l'espèce de contester son renvoi à procès. Rien ne laisse croire que l'acte d'accusation se soit déjà trouvé devant une cour de première instance constituée et prête à connaître de l'accusation ni que le prévenu ait été interpellé et qu'il ait répondu à l'acte d'accusation.

Je vais examiner maintenant le par. 507.1(1) dont voici le texte:

> 507.1(1) Après le dépôt de l'acte d'accusation, le juge peut, dans les cas où il l'estime nécessaire,
>
> a) sommer le prévenu de comparaître devant lui, ou
>
> b) lancer un mandat d'arrestation contre le prévenu afin de l'obliger à se présenter devant lui et à répondre à l'inculpation formulée dans l'acte.

Le substitut du procureur général n'a pas soulevé le point lors des plaidoiries, mais il faut, à mon avis, remarquer que les premiers mots du par. 507.1(1) de la version française du *Code* se lisent comme suit: «Après le dépôt de l'acte d'accusation ...». Bien que l'on puisse croire que la version française appuie la prétention que l'accusation est déposée auprès de la cour lorsqu'elle est remise ou produite, et qu'il y a ensuite une sommation ou un mandat pour obliger le prévenu à être présent, puis un procès, je suis d'avis de rejeter cet argument. Le paragraphe 507.1(1) est nouveau. Adopté récemment (1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 59), à mon avis, son but est de donner le pouvoir d'obliger le prévenu à être présent, après l'inculpation, voir *Ex p. McGrath*[16]. S'il avait été adopté dans un autre but, par exemple pour imposer l'obligation de produire, ce qui empêcherait la

[16] (1975), 23 C.C.C. (2d) 214 (C.S.C.-B.).

have expected this to be spelled out in clearer language, accompanied by some obligation on the part of the Crown to give notice to the accused.

It might be thought that the question as to whether the indictment is preferred when it is before a trial court, or when the accused has actually been arraigned on the charge, is of purely academic interest. The general practice, subject to exceptions is that the accused is arraigned when he appears at trial. In the interests of clarity, however, I would hold that an indictment based upon a committal for trial without the intervention of a grand jury is not "preferred" against an accused until it is lodged with the trial court at the opening of the accused's trial, with a court ready to proceed with the trial.

In the days of the grand jury, presentment did not include the step of reading the indictment in the presence of the accused and seeking his plea. Presentment was a unilateral act performed in the accused's absence by an accusatorial body. I think it is not unimportant to note that presentment was made in open court by the grand jury to a judge of the trial court. True, presentment was not to a judge constituted with a petit jury to try the case. The Crown contends that the placing of an indictment before a judge in Assignment Court constitutes presentment, with respect, I disagree. Such judge is not, as I understand the practice, constituted as a court to try the accused. I agree with Anderson J. when he said in *R. v. Hansen* (unreported judgment of the Ontario High Court, March 11, 1980) "it seems to me excessively technical to say that the mere presence of the indictment and of the accused, before the judge in the Assignment Court and the Practice Court are sufficient to deprive the accused of his right to move to quash his committal. An indictment is preferred when it is before a court empowered to dispose of the case".

contestation du renvoi à procès, il aurait fallu le prévoir en termes plus clairs, assortis d'une obligation de la part du ministère public de donner un avis à l'accusé.

On pourrait croire que la question de savoir si l'acte d'accusation est présenté lorsqu'il est soumis au tribunal de première instance ou lorsque le prévenu a effectivement été interpellé sur l'accusation, est d'un intérêt purement théorique. Sous réserve des exceptions, la pratique générale est que le prévenu est interpellé lorsqu'il comparaît pour son procès. Cependant, pour éviter toute ambiguïté, je suis d'avis qu'un acte d'accusation fondé sur un renvoi à procès sans l'intervention d'un grand jury n'est pas «présenté» contre un prévenu tant qu'il n'est pas produit devant la cour de première instance à l'ouverture du procès du prévenu, et que la cour n'est pas prête à commencer le procès.

A l'époque du grand jury, le dépôt ne comportait pas l'étape de la lecture de l'acte d'accusation en présence du prévenu ni celle de son plaidoyer. Le dépôt était un acte unilatéral accompli par un corps accusatoire en l'absence du prévenu. A mon avis, il n'est pas sans importance de remarquer que le dépôt était fait en séance publique par le grand jury devant un juge du tribunal de première instance. Il est vrai que le dépôt n'était pas fait devant un juge constitué avec un petit jury pour connaître de l'accusation. Le ministère public prétend que la production de l'acte d'accusation devant un juge de la cour du rôle constitue un dépôt; avec égards, je ne peux accepter cette prétention. Si je comprends bien la pratique, un tel juge n'est pas une cour constituée pour connaître de l'accusation. Je partage l'opinion du juge Anderson dans *R. v. Hansen* (jugement inédit de la Haute Cour de l'Ontario du 11 mars 1980) qui déclare [TRADUCTION] «il me semble très formaliste de dire que la simple présence de l'acte d'accusation et du prévenu devant un juge de la cour du rôle et de la cour de pratique suffit à priver le prévenu de son droit de demander l'annulation de son renvoi à procès. Un acte d'accusation est présenté lorsqu'il se trouve devant une cour qui a le pouvoir de connaître de l'accusation».

It follows that in this case the indictment was never before a trial court constituted to dispose of the case and it did not bar the respondent's right to challenge his committal for trial.

III

Committal on First Degree Murder

How wide is the scope of a provincial court judge's power to commit for trial at a preliminary inquiry? Can the judge commit for any charge disclosed by the evidence at the hearing? Alternatively, can he commit only for charges that are 'related' to the charge specified in the information? Can he commit only for the actual offence charged in the information or an included offence?

Preliminary inquiries have a long history, dating back at least to the statutes of Philip and Mary in 1554 and perhaps earlier. By 1 & 2 Phil. & Mary, c. 13, (1554), it was enacted that, when any person arrested for manslaughter or felony, being bailable by the law, is brought before two justices they are "to take the examination of the said prisoner and information of him that brings him of the fact and circumstances thereof". This Act, extended the following year, continued until the year 1826 when it was further extended to misdemeanours. It survived until replaced in 1849 by 11 & 12 Vict., c. 42, known as *Sir John Jervis's Act*. It is this latter Act which has guided much of the practice of preliminary inquiries in Canada.

As Sir James Stephen points out in his *History of the Criminal Law of England*, vol. 1, at p. 221, under the procedure established in the sixteenth century, the magistrate acted the part of a public prosecutor. The accused person was examined. He was to be fully questioned as to all the circumstances connected with his supposed offence. Under the procedure of the nineteenth century he could be asked no questions at all, though he was invited to make any statement he pleased, being

Il s'ensuit qu'en l'espèce l'acte d'accusation n'a jamais été soumis à un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation et qu'il ne fait pas obstacle au droit de l'intimé de contester son renvoi à procès.

III

Renvoi à procès pour meurtre au premier degré

Quelle est l'étendue du pouvoir d'un juge d'une cour provinciale de renvoyer à procès à l'enquête préliminaire? Le juge peut-il renvoyer à procès sur toute accusation révélée par la preuve faite à l'audience? Subsidiairement, peut-il renvoyer à procès seulement sur les accusations qui sont «reliées» à l'accusation mentionnée dans la dénonciation? Peut-il renvoyer à procès uniquement sur l'infraction réellement imputée dans la dénonciation ou sur une infraction comprise?

Les enquêtes préliminaires ont une longue histoire, remontant au moins aux lois de Philip et Mary en 1554 et peut-être même avant cela. Dans 1 & 2 Phil. & Mary, chap. 13 (1554), il était décrété que lorsqu'une personne, arrêtée pour homicide involontaire coupable ou pour crime (*felony*) et admise à fournir caution par la loi, est amenée devant deux juges, ils doivent [TRADUCTION] «interroger le prisonnier et obtenir de lui des renseignements relativement aux faits et aux circonstances qui l'impliquent». Cette loi a été prorogée l'année suivante, puis jusqu'en 1826 où on l'a élargie pour l'appliquer aux délits graves. Elle est demeurée en vigueur jusqu'au moment où elle a été remplacée en 1849 par 11 & 12 Vict., chap. 42, la Loi dite *Sir John Jervis's Act*. Cette dernière a servi de guide pour une bonne partie de la pratique en matière d'enquêtes préliminaires au Canada.

Comme l'a fait remarquer sir James Stephen dans son *History of the Criminal Law of England*, vol. 1, à la p. 221, selon la procédure établie au seizième siècle, le magistrat agissait comme s'il était la poursuite. Le prévenu devait subir un interrogatoire. Il était interrogé à fond sur toutes les circonstances reliées à l'infraction qu'on lui imputait. Selon la procédure du dix-neuvième siècle, aucune question ne pouvait lui être posée, bien qu'on l'invitât à faire une déclaration s'il le

cautioned that it might be taken down and might be given in evidence against him. The object of the earlier statute, Stephen says, was to expose and detect a man assumed to be guilty. In the later statute, the subject was a full inquiry into his guilt or innocence.

It is important to note that the inquiry under 11 & 12 Vict. is broader than that envisaged by our *Criminal Code*. The English statute contemplates committal, at the end of the inquiry, for "any indictable offence". Many of the Canadian cases appear to treat the preliminary inquiry as though it were governed by 11 & 12 Vict., c. 42 rather than the Canadian *Criminal Code*.

One of the early Canadian authorities is *R. v. Mooney*[17] in which Madore J. held that since there was no law prohibiting a justice from committing an accused for trial on charges other than those specified in the information, that the judge had such power.

Another early authority is *R. v. Philips*[18] a decision of Boyd, C. of the Ontario High Court. Relying upon *R. v. Brown*[19], the judge held that "the scope of the (preliminary) inquiry may be enlarged and matters touched upon beyond the scope of the original charge".

This line of authority has been followed on numerous occasions in Canada. Some of these cases which have discussed the issues include the following: *R. v. Beaudoin*[20]; *Re Shumiatcher*[21] ; *R. v. Botting*[22]; *Re Carriere, Preet and Davidson*[23]; *R. v. Monkman*[24]; *Eusler and Budovitch and The Queen*[25].

[17] (1905), 15 Que. K.B. 57.
[18] (1906), 11 O.L.R. 478.
[19] [1895] 1 Q.B. 119.
[20] (1913), 22 C.C.C. 319.
[21] [1964] 3 C.C.C. 359 (Sask. C.A.).
[22] [1966] 2 O.R. 121 (Ont. C.A.).
[23] (1970), 14 C.R.N.S. 20 (Ont. C.A.).
[24] (1975), 30 C.R.N.S. 338 (Man. C.A.).
[25] (1978), 43 C.C.C. (2d) 501 (N.B.C.A.).

désirait, tout en le prévenant que cette déclaration pourrait être consignée et servir de preuve contre lui. L'objet de la loi antérieure, selon Stephen, était de dénoncer un homme présumé coupable et de révéler sa culpabilité. L'objet de la loi postérieure était une enquête approfondie sur sa culpabilité ou sur son innocence.

Il est important de noter que l'enquête en vertu de 11 & 12 Vict. est plus large que celle envisagée par notre *Code criminel*. La loi anglaise envisage le renvoi à procès, à la fin de l'enquête, pour [TRADUCTION] «tout acte criminel». De nombreuses décisions canadiennes paraissent considérer l'enquête préliminaire comme si elle était régie par 11 & 12 Vict., chap. 42 plutôt que par le *Code criminel* canadien.

Un des premiers arrêts canadiens faisant jurisprudence est *R. c. Mooney*[17], où le juge Madore a conclu que puisque aucune loi n'interdisait à un juge de renvoyer à procès un prévenu sur d'autres accusations que celles mentionnées dans la dénonciation, le juge avait ce pouvoir.

Un autre arrêt ancien est *R. v. Philips*[18], une décision du juge Boyd, de la Haute Cour de l'Ontario. S'appuyant sur l'arrêt *R. v. Brown*[19], le juge a conclu que [TRADUCTION] «la portée de l'enquête (préliminaire) peut être étendue et on peut considérer des questions non visées par l'accusation originale».

Cette jurisprudence a été suivie maintes fois au Canada. Voici certains des arrêts qui ont analysé les questions en litige: *R. v. Beaudoin*[20]; *Re Shumiatcher*[21]; *R. v. Botting*[22]; *Re Carriere, Preet and Davidson*[23]; *R. v. Monkman*[24]; *Eusler and Budovitch and The Queen*[25].

[17] (1905), 15 B.R. 57.
[18] (1906), 11 O.L.R. 478.
[19] [1895] 1 Q.B. 119.
[20] (1913), 22 C.C.C. 319.
[21] [1964] 3 C.C.C. 359 (C.A. Sask.).
[22] [1966] 2 O.R. 121 (C.A. Ont.).
[23] (1970), 14 C.R.N.S. 20 (C.A. Ont.).
[24] (1975), 30 C.R.N.S. 338 (C.A. Man.).
[25] (1978), 43 C.C.C. (2d) 501 (C.A.N.-B.).

Brooke J.A. in the present case reviewed these cases. He pointed out, quite rightly in my view, that none of them engaged in a comprehensive review of the relevant *Criminal Code* provisions. They proceeded either on the footing that a magistrate had such power because it was not expressly denied him by the *Code*; or on the basis that the power to commit had been recognized by the British case of *Brown*. The cases which purport to apply *Brown* to the Canadian scene are, at best, of dubious authority.

It is critical, as it seems to me, to commence the inquiry with an analysis of the provisions of the *Code*. If the power to commit for trial on offences other than those specified in the information exists, such power must be found in the *Code*, either expressly or by necessary inplication. This is evident from the opinion of Mr. Justice Ritchie in *Doyle v. The Queen, supra,* at p. 602, where he stated:

> Whatever inherent powers may be possessed by a superior court judge in controlling the process of his own Court, it is my opinion that the powers and functions of a magistrate acting under the *Criminal Code* are circumscribed by the provisions of that statute and must be found to have been thereby conferred either expressly or by necessary implication.

It is conceded by the Crown that nowhere is a power to commit for a greater offence expressly conferred by the *Code*. The question therefore becomes, is it manifest that Parliament conferred such power by necessary implication?

Provincial Court Judge Bordeleau founded his decision on s. 463 of the *Code*. This section provides:

> **463.** Where an accused who is charged with an indictable offence is before a justice, the justice shall, in accordance with this Part, inquire into that charge and any other charge against that person. 1953-54, c. 51, s. 449.

Judge Bordeleau held that the words "and any other charge against that person" gave him the power to commit the accused for first degree murder.

Dans la présente affaire, le juge Brooke a examiné ces décisions. Il a fait remarquer, fort justement à mon avis, que dans aucune d'entre elles, on ne s'était livré à un examen approfondi des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Elles s'appuient soit sur le fondement que le magistrat avait ce pouvoir puisqu'il ne lui était pas expressément refusé par le *Code*, soit sur le fondement que le pouvoir de renvoyer à procès avait été reconnu par l'arrêt anglais *Brown*. Les décisions qui cherchent à appliquer l'arrêt *Brown* dans le contexte canadien sont, au mieux, des précédents douteux.

Il est essentiel, à mon avis, de commencer cet examen par l'analyse des dispositions du *Code*. Si le pouvoir de renvoyer à procès pour des infractions autres que celles précisées dans la dénonciation existe, ce pouvoir doit être prévu par le *Code* soit expressément soit implicitement. Cela se dégage clairement de l'opinion du juge Ritchie dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, précité, à la p. 602, où il dit:

> Quels que soient les pouvoirs inhérents d'un juge d'une cour supérieure sur le déroulement des procédures dans sa propre cour, j'estime que les pouvoirs et les fonctions d'un magistrat agissant en vertu du *Code criminel* sont délimités par les dispositions de cette loi et doivent lui avoir été conférés explicitement ou implicitement.

Le ministère public concède qu'aucune disposition du *Code* n'accorde expressément le pouvoir de renvoyer à procès sur une infraction plus grave. Il s'agit donc de savoir s'il est évident que le législateur a implicitement accordé ce pouvoir.

Le juge Bordeleau de la Cour provinciale a fondé sa décision sur l'art. 463 du *Code*, dont voici le texte:

> **463.** Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant un juge de paix, le juge de paix doit, en conformité de la présente Partie, enquêter sur l'accusation ainsi que sur toute autre accusation portée contre cette personne. 1953-54, c. 51, art. 449.

Le juge Bordeleau a conclu que les mots «ainsi que sur toute autre accusation portée contre cette personne» lui donnaient le pouvoir de renvoyer le prévenu à procès pour meurtre au premier degré.

Dupont J., in the Ontario High Court, concurred with the result but disagreed with the interpretation of s. 463. Dupont J.'s opinion was that s. 463 did not purport to deal with preliminary inquiries at all, and thus could not be the authority for a committal. In his opinion, authority for holding a preliminary inquiry is found in s. 464(4) which reads in part as follows:

> Where an accused does not elect to be tried by a magistrate, the justice shall hold a preliminary inquiry into the charge . . .

Dupont J. noted that s. 464(4) speaks of an inquiry into "the charge", as opposed to s. 463 which speaks of an inquiry into "that charge and any other charge". He held, however, this difference in wording did not mean that the provincial court judge could only commit for trial on "the charge"; the power to commit for other offences could be derived by 'necessary implication' from the *Code*.

In the Court of Appeal, Brooke J.A. disagreed both with the interpretation of ss. 463 and 464(4) and with the result reached by Dupont J. Brooke J.A. stated that s. 464(4) only dealt with a preliminary inquiry in circumstances where the accused had a right of election to be tried by other than a magistrate. Thus s. 463 must deal with the scope of the preliminary inquiry; otherwise, "there is no authority in the *Criminal Code* for the holding of the preliminary inquiry in a charge such as the one before the Court in this case".

Brooke J.A. did not accept the view that s. 463 entitled the judge to inquire into and commit on any offence which might be disclosed by the evidence; in his opinion the words "any other charge" in s. 463 refer to "charge or charges in other informations outstanding against him at the time. These charges are specific and are the limit of the inquiry". He went on to hold, as I have indicated earlier, that this entitled the judge to commit for an included offence or, in some circumstances, for a 'related offence', but not for an offence more serious than that laid out in the information. Accordingly, he quashed the committal for trial on first degree murder.

Le juge Dupont, de la Haute Cour de l'Ontario, en arrive au même résultat, tout en ne souscrivant pas à l'interprétation de l'art. 463. Selon lui, cet article ne vise pas du tout les enquêtes préliminaires et ne peut donc pas servir de fondement à un renvoi à procès. A son avis, c'est le par. 464(4) qui permet de tenir une enquête préliminaire; en voici un extrait:

> Lorsqu'un prévenu ne choisit pas d'être jugé par un magistrat, le juge de paix doit tenir une enquête préliminaire sur l'inculpation, . . .

Le juge Dupont fait remarquer que le par. 464(4) parle d'une enquête sur «l'inculpation» par opposition à l'art. 463 qui parle d'une enquête «sur l'accusation ainsi que sur toute autre accusation». Il conclut toutefois que cette différence dans le texte ne signifie pas qu'un juge de la cour provinciale ne peut renvoyer à procès que sur «l'inculpation»; le pouvoir de renvoyer à procès pour d'autres infractions peut «implicitement» être tiré du *Code*.

En Cour d'appel, le juge Brooke rejette à la fois l'interprétation de l'art. 463 et du par. 464(4) et, pour ce qui est de la conclusion du juge Dupont, il estime que le par. 464(4) ne vise l'enquête préliminaire que dans les cas où l'accusé a le droit de choisir d'être jugé par une autre personne qu'un magistrat. Partant, l'art. 463 doit porter sur l'étendue de l'enquête préliminaire; sinon, [TRADUCTION] «rien dans le *Code criminel* ne permet de tenir une enquête préliminaire sur une accusation comme celle dont la Cour est saisie en l'espèce».

Le juge Brooke n'accepte pas l'opinion que l'art. 463 permet au juge de faire enquête et de renvoyer à procès sur toute infraction que la preuve peut révéler; à son avis les mots «toute autre accusation» de l'art. 463 signifient [TRADUCTION] «l'accusation ou les accusations que contiennent d'autres dénonciations pendantes contre lui à l'époque. Ces accusations sont précises et marquent les limites de l'enquête». Comme je l'ai déjà dit, il a poursuivi en disant que cela permettait au juge de renvoyer à procès pour une infraction comprise ou, dans certaines circonstances, pour une «infraction reliée», mais non pas pour une infraction plus grave que celle énoncée dans la dénonciation. Par conséquent, il a annulé le renvoi à procès pour meurtre au premier degré.

The word "charge" is not defined in the *Code*. In *In re Criminal Code*[26] this Court considered the *Criminal Code Amendment Act 1907*, (Can.), c. 8 and in particular s. 873A, in very similar terms to present s. 507(1). Section 873A read:

873A. In the provinces of Saskatchewan and Alberta, it shall not be necessary to prefer any bill of indictment before a grand jury, but it shall be sufficient that the trial of any person charged with a criminal offence be commenced by a formal charge in writing setting forth as in an indictment the offence with which he is charged.

Idington J. said, p. 448:

It deals only witht the case of "the trial of any person charged with a criminal offence". How charged? Is it confined to those who have been judicially so charged, by virtue of the provisions of the law for committing the accused for trial?

How can it mean aught else? The word "charged" is the apt one to designate a person accused and in charge. Doubtless it has another meaning, but it may well be argued that it is in this restricted sense that the Act applies it.

In *R. v. D'Eyncourt*[27], Field J. at p. 119 said:

I am of the opinion that the word 'charged' [in the Metropolitan Police Courts Act 1839, s. 29 (repealed; see now Police (Property) Act 1897, s. 1(1))] must be read in its known legal sense, namely, the solemn act of calling before a magistrate an accused person and stating, in his hearing, in order that he may defend himself, what is the accusation against him.

In *Stirland v. Director of Public Prosecutions*[28], it was held that "charged" for the purposes of the *Criminal Evidence Act* (1898) (U.K.), c. 36, s. (*f*) meant accused before a court and in *Arnell v. Harris*[29], "person charged" was taken to mean at least accused of some felony or misdemeanour. Black's *Law Dictionary* (5th ed.) defines "charge", for the purposes of the criminal law, as "Accusation of a crime by a formal complaint, information

[26] (1910), 43 S.C.R. 434.
[27] (1888), 21 Q.B.D. 109.
[28] [1944] A.C. 315
[29] [1945] K.B. 60.

Le mot «accusation» n'est pas défini dans le *Code*. Dans l'arrêt *In re Criminal Code*[26], cette Cour a examiné la *Loi modificatrice du code criminel*, 1907 (Can.), chap. 8, et en particulier l'art. 873A, dont le texte est très semblable à l'actuel par. 507(1). Voici le texte de l'art. 873A:

873A. Dans les provinces de la Saskatchewan et d'Alberta, il n'est pas nécessaire de porter un acte d'accusation devant un grand jury, mais il suffit que le procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle soit commencé par une accusation formelle par écrit qui énonce, de même que dans un acte d'accusation, l'infraction dont la personne est accusée.

Le juge Idington a dit à la p. 448:

[TRADUCTION] Il ne vise que le «procès de toute personne accusée d'une infraction criminelle». Comment était-elle accusée? S'agit-il seulement des personnes qui ont été accusées judiciairement en vertu des dispositions de la loi qui permettent de renvoyer l'accusé à son procès?

Comment pourrait-il en être autrement? Le mot «accusé» convient pour désigner une personne contre laquelle pèse une accusation et qui est détenue. Il a indubitablement un autre sens, mais on peut bien soutenir que c'est dans ce sens limité que la loi l'applique.

Dans *R. v. D'Eyncourt*[27], le juge Field a dit à la p. 119:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le mot «accusé» [dans la Metropolitan Police Courts Act 1839, art. 29 (abrogé; voir maintenant Police (Property) Act 1897, par. 1(1))] doit être interprété selon le sens juridique qu'on lui connaît, savoir, l'acte solennel qui consiste à citer un prévenu devant un magistrat et à lui lire l'accusation portée contre lui pour qu'il l'entende et se défende.

Dans l'arrêt *Stirland v. Director of Public Prosecutions*[28], on a jugé qu'«accusé» aux fins de la *Criminal Evidence Act* (1898) (U.K.), chap. 36, art. *f*), signifiait accusé devant un tribunal et dans *Arnell v. Harris*[29], «personne accusée» signifiait au moins une personne accusée d'un crime (*felony*) ou délit grave (*misdemeanour*). Le Black's *Law Dictionary* (5e éd.) définit «accusation», aux fins du droit criminel, comme une [TRADUCTION] «accu-

[26] (1910), 43 R.C.S. 434.
[27] (1888), 21 Q.B.D. 109.
[28] [1944] A.C. 315.
[29] [1945] K.B. 60.

or indictment", and in Jowitts *Dictionary of English Law* (2nd ed.) the word is given the following meaning, among others, "to prefer an accusation against anyone".

It is contended by the Crown that when s. 463 of the *Code* speaks of inquiry into "that charge" reference is made to the formal written charge but when the section speaks of "any other charge against that person" the word "charge" takes on another meaning namely, "any other allegation which arises during the course of the inquiry. This allegation may arise out of the evidence and need not be in existence at the outset of the inquiry". I quote from the Crown factum. Although occasionally it is necessary to give a word a somewhat different meaning in different parts of an enactment it would be strange, it seems to me, to give a word different meanings in the same section of an enactment and indeed on the same line of the section. As the Supreme Court of the United States observed in *United States v. Patterson*[30] (at p. 68) a criminal charge, strictly speaking, exists only when a formal written complaint has been made against the accused and a prosecution initiated. "In the eyes of the law a person is charged with crime only when he is called upon in a legal proceeding to answer to such a charge."

There is another aspect of the Crown's argument which gives concern. Although a preliminary hearing is not a trial it must be conducted in a judicial manner (*Patterson v. The Queen*[31], (at p. 412). The rules of evidence relating to relevancy apply to preliminary hearings in the same manner as to trials. I would question the relevance, and therefore the admissibility, of evidence relating to a charge other than that formally spelled out in the information.

[30] (1893), 150 U.S.R. 65.
[31] [1970] S.C.R. 409.

sation d'un crime par une plainte, une dénonciation, ou un acte d'accusation formels», et Jowitts, *Dictionary of English Law* (2e éd.), donne notamment au mot le sens suivant [TRADUCTION] «la présentation d'une accusation contre une personne».

Le ministère public prétend que lorsque l'art. 463 du *Code* parle d'une enquête «sur l'accusation», il est question de l'accusation formelle par écrit, mais lorsque l'article parle de «toute autre accusation portée contre cette personne» le mot «accusation» prend un autre sens, savoir [TRADUCTION] «toute autre allégation révélée au cours de l'enquête. Cette allégation peut découler de la preuve et il n'est pas nécessaire qu'elle existe au début de l'enquête». Cette citation est tirée du mémoire du ministère public. Bien qu'à l'occasion il soit nécessaire de donner à un mot un sens quelque peu différent dans différentes parties d'une loi, il serait étrange, à mon avis, de donner à un mot des sens différents dans le même article et qui plus est sur la même ligne. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Patterson*[30], à la p. 68, une accusation criminelle, à proprement parler, n'existe que lorsqu'une plainte formelle par écrit a été portée contre l'accusé et que des poursuites ont été entamées. [TRADUCTION] «Selon la loi, une personne est accusée d'un crime seulement lorsqu'elle doit répondre à cette accusation dans des procédures légales.»

Un autre aspect de l'argument du ministère public demande d'être examiné. Bien que ce ne soit pas un procès, une enquête préliminaire doit être conduite d'une façon judiciaire. (*Patterson c. La Reine*[31], à la p. 412). Les règles de la preuve relatives à la pertinence s'appliquent aux enquêtes préliminaires de la même façon qu'aux procès. Je doute de la pertinence et, partant, de la recevabilité d'une preuve relative à une accusation autre que celle formellement énoncée dans la dénonciation.

[30] (1893), 150 U.S.R. 65.
[31] [1970] R.C.S. 409.

The argument is advanced that the combined effect of ss. 473 and 474 of the *Code* is to provide that a justice may hear evidence relating to a charge or charges different from those set forth in the information. These sections read as follows:

473. The validity of any proceeding at or subsequent to a preliminary inquiry is not affected by

(*a*) any irregularity or defect in the substance or form of the summons or warrant,

(*b*) any variance between the charge set out in the summons or warrant and the charge set out in the information, or

(*c*) any variance between the charge set out in the summons, warrant or information and the evidence adduced by the prosecution at the inquiry.

474. Where it appears to the justice that the accused has been deceived or misled by any irregularity, defect or variance mentioned in section 473, he may adjourn the inquiry and may remand the accused or grant him interim release in accordance with Part XIV.

Although the argument has considerable force, I do not think it is tenable when one has regard to the other sections of Part XV of the *Code*. The "variance" of which s. 473(*c*) speaks must, I think, be regarded as a variance in respect of such matters as names, places, dates, and the like. The sweep of ss. 473 and 474 is limited. In my view it is not such as to authorize an inquiry at large into not only the offence specifically charged but also all information charges in respect of which the Crown may choose to lead evidence. An accusation does not exist in latent form. A person is charged or he is not. The charge or charges into which a justice may inquire must be in existence at the time the preliminary inquiry commences. See also *Salhany, Canadian Criminal Procedure* (3rd ed.) at p. 100: Pursuant to the authority conveyed by s. 463 "The justice before whom the accused is brought must inquire into any charge pending against the accused". (Emphasis added.)

Emphasis on 'the charge' is repeated through Part XV of the *Code*. Section 465(1)(*h*) provides:

On a prétendu que l'effet combiné des art. 473 et 474 du *Code* est de permettre à un juge d'entendre la preuve relative à une ou plusieurs accusations différentes de celle énoncée dans la dénonciation. Voici le texte de ces articles:

473. La validité d'une procédure à une enquête préliminaire, ou postérieurement à une telle enquête, n'est pas compromise par

a) une irrégularité ou un défaut dans la substance ou la forme de la sommation ou du mandat,

b) une divergence entre l'inculpation énoncée dans la sommation ou le mandat et celle qui est indiquée dans la dénonciation, ou

c) une divergence entre l'inculpation énoncée dans la sommation, le mandat ou la dénonciation et la preuve apportée par la poursuite à l'enquête.

474. Le juge peut ajourner l'enquête et renvoyer le prévenu en détention ou lui accorder une liberté provisoire en vertu de la Partie XIV dans les cas où il estime que les irrégularités, défauts ou divergences visés à l'article 473 ont trompé le prévenu ou l'ont induit en erreur.

Bien que cet argument ait beaucoup de poids, je ne crois pas qu'il puisse tenir lorsque l'on considère les autres articles de la Partie XV du *Code*. La «divergence» dont parle l'al. 473*c*) doit, à mon avis, être considérée comme une divergence relative à des questions telles que les noms, les lieux, les dates et autres éléments semblables. La portée des art. 473 et 474 est limitée. A mon avis, elle ne permet pas de tenir une enquête générale non seulement sur l'infraction énoncée dans l'acte d'accusation mais aussi sur toutes les dénonciations relativement auxquelles le ministère public peut décider de présenter des éléments de preuve. Une accusation n'existe pas à l'état latent. Une personne est inculpée ou elle ne l'est pas. L'accusation ou les accusations sur lesquelles un juge peut faire enquête doivent exister au moment où débute l'enquête préliminaire. Voir également Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (3e éd.) à la p. 100: conformément au pouvoir conféré par l'art. 463 [TRADUCTION] «Le juge devant lequel est amené un prévenu doit faire enquête sur toute accusation pendante contre l'accusé». (C'est moi qui souligne.)

Tout au long de la Partie XV du *Code*, l'accent est mis sur «l'accusation» ou «l'inculpation». Voici le texte de l'al. 465(1)*h*):

A justice acting under this Part may grant or refuse permission to the prosecutor or his counsel to address him in support of the charge, by way of opening or summing up or by way of reply upon any evidence that is given on behalf of the accused;

This provision only makes sense if one assumes that the inquiry must be limited to 'the charge' in the information; otherwise one is faced with the anomalous situation that the court would be entitled to inquire into other matters but crown counsel could only address the court with respect to 'the charge'.

Section 469(1) provides, in part:

When the evidence of the witnesses called on the part of the prosecution has been taken down and, where required by this Part, has been read, the justice shall address the accused as follows or to the like effect:

"Having heard the evidence, do you wish to say anything in answer to the charge? . . ."

Again, this section is only intelligible if one assumes that the scope of the inquiry is limited to 'the charge' as laid in the information; otherwise one would have a situation in which an accused would be asked to answer 'the charge' when in reality he was in danger of being committed for another offence; the caution in s. 469(1) would serve only to confuse and mislead.

I do not think that, in this case, anything turns upon whether s. 463 purports to deal with a preliminary inquiry or merely with an initial mandatory inquiry by the justice after the accused has been arrested, directed at determining whether the charge is one over which the justice had absolute jurisdiction. On either view, I agree with the Court of Appeal that such an inquiry must be limited to 'charges' in informations outstanding against the accused at the time of the inquiry. As Brooke J.A. pointed out, this view is consistent with basic principles of criminal law which require that a warrant should issue for arrest on a specific charge, that the arrest should be executed on that basis, and that the charge be specified with particularity in the information so that the accused

«Un juge de paix agissant en vertu de la présente Partie peut accorder ou refuser au poursuivant ou à son avocat la permission de lui adresser la parole, *à l'appui de l'inculpation*, soit pour ouvrir ou résumer l'affaire, soit par voie de réplique sur tout témoignage rendu pour le compte du prévenu;»

Cette disposition n'a de sens que si l'on tient pour acquis que l'enquête doit se limiter à «l'inculpation» énoncée dans la dénonciation; autrement on se retrouverait devant une situation anormale où la cour aurait le droit de faire enquête sur toute autre question, mais où le substitut du procureur général ne pourrait s'adresser à la cour que relativement à «l'inculpation».

Voici un extrait du par. 469(1):

Quand les dépositions des témoins appelés de la part de la poursuite ont été consignées et, lorsque la présente Partie l'exige, ont été lues, le juge de paix adresse au prévenu les paroles suivantes ou d'autres de même teneur:

«Après avoir entendu les témoignages, désirez-vous dire quelque chose en réponse à l'inculpation? . . .»

Là encore, cet article n'a de sens que si l'on tient pour acquis que la portée de l'enquête se limite à «l'inculpation» énoncée dans la dénonciation; autrement on se trouverait dans une situation où un prévenu devrait à «l'inculpation» lorsqu'en réalité il risque d'être renvoyé à procès pour une autre infraction; la mise en garde du par. 469(1) ne servirait qu'à créer de la confusion et à induire en erreur.

Je crois qu'en l'espèce rien ne dépend de la question de savoir si l'art. 463 vise une enquête préliminaire ou simplement une enquête initiale obligatoire par le juge après l'arrestation du prévenu, afin de déterminer s'il a compétence absolue sur l'inculpation. Quoi qu'il en soit, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel qu'une telle enquête doit être limitée aux «inculpations» énoncées dans les dénonciations pendantes contre le prévenu au moment de l'enquête. Comme l'a fait remarquer le juge Brooke, ce point de vue est compatible avec les principes fondamentaux du droit criminel qui exigent qu'un mandat soit lancé pour l'arrestation sur une inculpation précise, qu'il y ait arrestation sur ce fondement et que l'inculpation soit énoncée avec détails dans la dénonciation de sorte que le

knows the charge against him and what he has to meet. If the scope of the preliminary inquiry were extended beyond actual 'charges' to include rumour or accusations, these basic principles of our law would be subverted. A preliminary inquiry is not, and should not become, an inquisition into any and all misdeeds of the accused, whether "charged" against him or not.

The power to commit the accused for trial is found in s. 475(1) which provides:

> **475.** (1) When all the evidence has been taken by the justice he shall,
>
> (*a*) if in his opinion the evidence is sufficient to put the accused on trial,
>
> (i) commit the accused for trial, or
>
> (ii) order the accused, where it is a corporation, to stand trial in the court having criminal jurisdiction; or
>
> (*b*) discharge the accused, if in his opinion upon the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial.

Crown counsel properly observes that this section gives the power to the justice to commit "for trial" without imposing any express limitation on this power. However, I think the section must be read in the context of the preceding sections and the general scheme of Part XV of the *Code*. Logically, the power to commit cannot be larger than the power to inquire. If the justice is entitled to inquire into the 'charge' then he must commit on that charge or not at all.

Had Parliament wished to confer on a magistrate the power to commit an accused for any offence disclosed by the evidence, it could easily have done so in clear terms. The failure to specify such a power in s. 475 is not due to inadvertence. Later sections dealing with the power of the Crown to prefer an indictment expressly contemplate such power. In s. 496 (2)(*b*), for example, it is provided that the attorney general, in certain circumstances, may prefer an indictment which includes counts "relating to offences disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry . . .".

prévenu sache de quoi il est accusé et ce à quoi il doit répondre. Si la portée de l'enquête préliminaire s'étendait au-delà des «inculpations» véritables pour comprendre les rumeurs ou accusations, ces principes fondamentaux de notre droit seraient bouleversés. Une enquête préliminaire n'est pas et ne devrait pas devenir une enquête sur toutes les mauvaises actions du prévenu, qu'elles lui aient ou non été «reprochées».

C'est le par. 475(1) qui confère le pouvoir de renvoyer le prévenu à procès. En voici le texte:

> **475.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit,
>
> *a*) si, à son avis, la preuve est suffisante pour faire passer la personne inculpée en jugement,
>
> (i) renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, ou
>
> (ii) si la personne inculpée est une corporation, ordonner qu'elle subisse son procès devant la cour ayant juridiction criminelle; ou
>
> *b*) libérer la personne inculpée, s'il estime, d'après toute la preuve, qu'on n'a établi aucun motif suffisant pour la faire passer en jugement.

Le substitut du procureur général fait correctement remarquer que cet article confère au juge le pouvoir de renvoyer «à procès» sans imposer de limites expresses à ce pouvoir. Cependant, je crois qu'il faut interpréter l'article dans le contexte des articles précédents et de l'économie générale de la Partie XV du *Code*. Logiquement, le pouvoir de renvoyer à procès ne peut être plus large que celui de faire enquête. Si le juge peut faire enquête sur «l'accusation», alors il doit pouvoir renvoyer à procès sur cette accusation ou ne pas renvoyer à procès du tout.

Si le législateur avait voulu conférer au magistrat le pouvoir de renvoyer un prévenu à procès sur toute infraction révélée par la preuve, il aurait facilement pu le faire en termes clairs. Ce n'est pas par inadvertance que ce pouvoir n'a pas été précisé à l'art. 475. D'autres articles portant sur le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation envisagent expressément ce pouvoir. Par exemple, l'al. 496(2)*b*) prévoit que le procureur général peut, en certaines circonstances, présenter un acte d'accusation qui comporte des chefs «portant sur des infractions révélées par les témoigna-

A similar provision is included in s. 504, which deals with procedure before a court constituted with a grand jury. Parliament clearly adverted to a power such as is argued for by the Crown in the present case. Parliament chose expressly to provide such power in ss. 496 and 504. No such power was intended under s. 475.

I conclude, therefore, that a justice conducting a preliminary inquiry may inquire into, and commit only on, the charge specified in the information or informations. This includes any 'included offences' since included offences necessarily form part of the original charge: s. 589(1) of the *Criminal Code*.

The Ontario Court of Appeal went on to consider another question; whether the accused could be committed for trial on a 'related charge' I have never been too clear as to what is comprehended by the phrase "related charge". The Court of Appeal cited *R. v. Monkman, supra*. Here the accused had been charged with assault causing bodily harm but at the preliminary inquiry these charges were dismissed and the accused was committed on a charge of criminal negligence in the operation of a motor vehicle. On appeal, it was held that the committal was justified since, on the particular facts of the case, the charge of criminal negligence was 'related' to the charge of assault causing bodily harm. Mr. Justice Brooke's conclusion on the point was that the accused could be committed for "an offence which the evidence discloses the accused probably committed in the course of the alleged commission of the offence with which he is charged but only where the evidence is not sufficient to put the accused on trial on the charge as laid". Such a conclusion was said to flow "by necessary implication" from the relevant provisions of the *Criminal Code*. With great respect, I cannot perceive how the distinction sought to be made can be said to flow from the provisions of the *Code*.

It seems to me that once it is determined that the justice may commit on "the charge" and not on "other offences disclosed by the evidence", the logical conclusion is that the justice may commit on 'the charge' and nothing else. Simply put, there

ges recueillis à l'enquête préliminaire . . .». L'article 504 qui concerne une procédure devant une cour constituée avec grand jury comprend une disposition semblable. Le législateur a nettement fait référence au pouvoir que réclame le ministère public en l'espèce. Le législateur a expressément accordé ce pouvoir aux art. 496 et 504, mais s'est abstenu de le faire à l'art. 475.

Je conclus donc qu'un juge qui mène une enquête préliminaire ne peut faire enquête et renvoyer à procès que sur l'accusation énoncée dans la dénonciation ou les dénonciations. Cela englobe toutes «infractions comprises» puisque ces infractions font nécessairement partie de l'accusation originale: par. 589(1) du *Code criminel*.

La Cour d'appel de l'Ontario a ensuite examiné une autre question; le prévenu peut-il être renvoyé à procès sur une «infraction reliée»? Je n'ai jamais très bien su ce que voulait dire l'expression «infraction reliée». La Cour d'appel a cité *R. v. Monkman*, précité. Le prévenu avait été inculpé de voies de fait ayant causé des lésions corporelles, mais à l'enquête préliminaire ces accusations ont été rejetées et le prévenu a été renvoyé à procès sur une inculpation de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur. En appel, on a jugé que le renvoi à procès était justifié puisque, selon les faits particuliers de l'affaire, l'inculpation de négligence criminelle était «reliée» à l'inculpation de voies de fait ayant causé des lésions corporelles. Le juge Brooke a conclu sur ce point que le prévenu pouvait être renvoyé à procès pour «une infraction que, suivant la preuve offerte, le prévenu a probablement commise lors de la perpétration alléguée de l'acte criminel dont il est inculpé, mais seulement lorsque la preuve est insuffisante pour que le prévenu subisse un procès sur l'accusation telle que portée». On a dit qu'une telle conclusion découlait «implicitement» des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Avec égards, je ne vois pas comment la distinction que l'on veut faire peut découler des dispositions du *Code*.

Il me semble qu'une fois que l'on décide que le juge peut renvoyer à procès sur «l'inculpation» et non sur «d'autres infractions révélées par la preuve», la conclusion logique est que le juge peut renvoyer à procès sur «l'inculpation» et sur rien

is no authority, express or implied, in the *Code* to commit for trial on other offences disclosed by the evidence, whether these offences are 'related' or 'unrelated' to the original charge. I would hold that a justice holding a preliminary inquiry can only commit for the charge as laid in the information or informations and included offences.

I would dismiss the appeal and remit the matter back to the provincial court judge to commit for trial on the charge of second degree murder, if so advised.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: McCann & Bayne, Ottawa.

d'autre. En d'autres mots, aucune disposition expresse ou implicite du *Code* ne permet le renvoi à procès sur d'autres infractions révélées par la preuve, que ces infractions soient «reliées» ou «non reliées» à l'inculpation originale. Je suis d'avis qu'un juge qui mène une enquête préliminaire ne peut renvoyer à procès que sur l'inculpation formulée dans la dénonciation ou les dénonciations et sur les infractions comprises.

Je suis d'avis de rejeter le pouvoi et de renvoyer l'affaire au juge de la Cour provinciale pour qu'il renvoie à procès sur l'accusation de meurtre au deuxième degré, s'il le juge à-propos.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé: McCann & Bayne, Ottawa.

Homex Realty and Development Company Limited (*Respondent*) *Appellant*;

and

The Corporation of the Village of Wyoming (*Appellant*) *Respondent.*

1980: February 27; 1980: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — By-laws — Planning legislation — Subdivision control — Refusal by successor in title to great majority of subdivision lots to carry out provisions of subdivision agreement — Appellant's lots deemed not to be plan of subdivision by by-law — By-law enacted without notice — Connection between appellant's water main and municipal water system forbidden by separate by-law until conditions met — Whether or not by-laws should be quashed — Discretionary nature of judicial review — The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29 — The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 17 — The Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), c. 48 — The Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409 — The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 248, ss. 283, 284, 285.

The appellant disputed an order of the Ontario Court of Appeal upholding two by-laws of the respondent municipality. The issues turned on the interpretation of s. 29 of *The Planning Act* and the jurisdiction or authority of the courts under *The Judicial Review Procedure Act, 1971*.

As a condition of registration of a plan of subdivision in the Village of Wyoming, Atkinson, the owner and subdivider of the parcel of land, entered into an agreement with the Village for the installation of municipal services in the subdivision. This agreement, dated January 22, 1968, and registered September 26, 1975, provided in a general way for the owner's providing "all the requirements financial and otherwise, of the Corporation re surfacing of roads, installation of services and drainage". The agreement also prevented the sale of the lands in question until the agreement had been fully carried out, except with the consent of the Village, but the provision did not provide that consent would operate to release Atkinson from his obligation to the Village. Before any services were installed, Homex bought the great majority of the lots on the subdivision with the Village's consent. There was some question as to wheth-

Homex Realty and Development Company Limited (*Intimée*) *Appelante*;

et

The Corporation of the Village of Wyoming (*Appelante*) *Intimée.*

1980: 27 février; 1980: 12 novembre.

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

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

Droit municipal — Règlements — Législation sur l'urbanisme — Contrôle des lotissements — Refus du propriétaire subséquent de la majeure partie des lots d'exécuter la convention de lotissement — Aux termes du règlement, les lots de l'appelante ne sont pas réputés un plan de lotissement — Règlement adopté sans avis — Raccordement de la conduite d'eau principale au réseau municipal interdit par un règlement distinct jusqu'à ce que les conditions soient remplies — Règlements annulables ou non — Nature discrétionnaire de l'examen judiciaire — The Planning Act, R.S.O. 1970, chap. 349, art. 29 — The Interpretation Act, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 17 — The Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), chap. 48 — The Registry Act, R.S.O. 1970, chap. 409 — The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 248, art. 283, 284, 285.

L'appelante conteste un ordre de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé la validité de deux règlements de la municipalité intimée. Le litige porte sur l'interprétation de l'art. 29 de *The Planning Act* et sur la compétence ou le pouvoir des tribunaux en vertu de *The Judicial Review Procedure Act, 1971*.

Conformément à une condition de l'enregistrement d'un plan de lotissement dans le village de Wyoming, Atkinson, propriétaire et lotisseur du terrain, a conclu une convention avec le Village pour l'installation de services d'utilité publique sur ce lotissement. Cette convention datée du 22 janvier 1968 et enregistrée le 26 septembre 1975, prévoyait en termes généraux que le propriétaire s'acquitterait de «toutes les exigences, financières ou autres, de la Municipalité relativement au revêtement des routes, à l'installation des services d'utilité publique et au drainage». Cette convention interdisait aussi la vente des terrains en question avant que la convention ait été entièrement exécutée, sauf approbation du Village, mais cette disposition ne prévoyait pas que le consentement libérerait Atkinson de son obligation envers le Village. Avant même l'installation d'un de ces services, Homex a acheté la grande majorité des lots

er or not Homex had undertaken to assume the obligations of the original subdivider. Nevertheless, when protracted negotiations between the Village and Homex concerning the installation of services proved fruitless, the Village, in April 1976, pursuant to s. 29(3) of *The Planning Act* and without notice to Homex, enacted by-law 7 deeming the lots purchased by Homex not to be a registered plan of subdivision. Homex, in September 1976, made application for judicial review for an order quashing by-law 7 and, while the application was pending, checkerboarded its lots.

In November 1975, Homex and the Village negotiated the installation of services along the only street requiring them. By-law 6, enacted in December 1975, provided that it was the policy of the Village that it would neither assume responsibility for a water pipeline constructed by Homex nor permit its connection to the municipal water supply system. Homex coupled an application in judicial review to quash by-law 6 with the application for an order to quash by-law 7.

Held (Ritchie and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Martland, Beetz, Estey and Chouinard JJ.: Homex, through its president, undertook to assume the obligations undertaken by the first subdivider under the subdivision agreement. Further, Homex intended to convey the lots as purchased on this subdivision without the installation of any services leaving the expense to the Village and other inhabitants.

Wherever a statute authorized the interference with property or other rights and was silent as to whether or not the agency in question was required to give notice prior to the intervention in such rights, the courts would "supply the omission of the legislature" and require the agency in question to afford the subject an opportunity of being heard before it proceeded. The application by the courts of this old principle depended on the nature of the action being undertaken by a body, such as a municipal council.

The statutory framework, the nature of the action being taken by the Village Council, and the general circumstances prevailing at the time had to be taken into account in determining the appropriate interpretation applicable to s. 29(3) of *The Planning Act*. The statute did not expressly require notice to the affected landowners; nevertheless, Council was aware that Homex would oppose by-law 7. The by-law had some characteristics of a community interest by-law and also

du lotissement avec l'accord du Village. Il y a eu des divergences d'opinion à savoir si Homex avait ou non assumé les obligations du lotisseur original. Les négociations prolongées entre le Village et Homex relativement à l'installation des services ont échoué. Sans donner d'avis à Homex, le Village a adopté en avril 1976, en vertu du par. 29(3) de *The Planning Act*, le règlement 7 en vertu duquel les terrains achetés par Homex ne sont pas réputés être des plans de lotissement enregistrés. En septembre 1976, Homex a présenté une demande d'examen judiciaire pour faire annuler le règlement 7 et alors que cette demande était pendante, elle a morcelé les lots en damier.

En novembre 1975, Homex et le Village avaient négocié l'installation des services sur la seule rue du lotissement à viabiliser. Le règlement 6 adopté en décembre 1975 dispose que, selon sa politique, le Village n'assumerait aucune responsabilité pour l'aqueduc construit par Homex ni n'en autoriserait le raccordement à la conduite d'eau du réseau municipal. Homex a présenté une demande d'examen judiciaire pour faire annuler le règlement 6 en même temps que la demande visant à obtenir l'annulation du règlement 7.

Arrêt (les juges Ritchie et Dickson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Beetz, Estey et Chouinard: Par l'intermédiaire de son président, Homex a accepté d'assumer l'obligation du premier lotisseur en vertu de la convention de lotissement. De plus, Homex avait l'intention de transférer les lots du lotissement sans les viabiliser, frais que le Village et les autres habitants devraient assumer.

Lorsqu'une loi permet de toucher aux droits de propriété ou autres droits et ne dit pas si l'organisme en question doit donner un avis avant d'agir, les tribunaux «remédieront à l'omission du législateur» et exigeront que l'organisme en question accorde au citoyen la possibilité de se faire entendre avant d'agir. L'application de ce vieux principe par les tribunaux dépend de la nature de l'action entreprise par un organisme, tel un conseil municipal.

Il faut tenir compte du cadre législatif, de la nature de l'action entreprise par le Conseil du village et des circonstances particulières du moment pour déterminer l'interprétation à donner au par. 29(3) de *The Planning Act*. La Loi n'exige pas expressément qu'un avis soit donné aux propriétaires visés; néanmoins le Conseil savait qu'Homex s'opposerait au règlement 7. Ce règlement présente certaines caractéristiques d'un règlement adopté dans l'intérêt de la collectivité, mais il est égale-

represented the purported culmination of an *inter partes* dispute conducted on adversarial lines between Homex and the Council. Council's action was not in substance legislative but rather quasi-judicial in character so as to attract the principle of notice and the consequential doctrine of *audi alteram partem*. The statute did not displace the rule of *audi alteram partem* and the resultant duty in Council to hear first and decide later. There was no hearing in the formal and ordinary sense by the Council and, while each side was fully aware of the other's position, Homex did not receive an opportunity to make known its position once fully aware of the Council's final position.

The order of judicial review, sought with reference to by-law 7, was in the nature of *certiorari*. The discretionary nature of this remedy is undoubted, and a party may by his conduct disentitle himself to relief. The remedy was denied in the special circumstances of the case: the attempts by Homex to avoid the burden of the Atkinson agreement; the avoidance, through checkerboarding, of Village regulation should the by-laws be invalid; and the fact that the Village's action, made even more urgent by the litigation possible, was the only course open to it.

There was no basis for quashing by-law 6. The by-law simply recorded an agreement between the Village and the landowner, and announced the Village's policy with reference to the pipeline. Passage of by-law 6 was not tied to Homex's disposition of its lands in plan 567 and was not tainted by bad faith.

The form of proceedings taken was free from any deficiency in its statutory base. Either *The Judicial Review Procedure Act, 1971* or the quashing provisions of *The Municipal Act* were open and appropriate.

Per Dickson and Ritchie JJ., *dissenting*: Where the by-laws in question affected the land or property of specified individuals, the courts implied a common law duty to be heard. This duty was not precluded by implication by the requirement of notification after passage of the by-law.

There was no reason why the *Wiswell* principle should have been applied restrictively, or why it should not have been applied in this case. The entitlement to notice and a hearing did not depend on there being a conflict between two private owners, which the municipality had to resolve. The right to a hearing did not spring from the

ment le point culminant d'un conflit *inter partes* opposant les intérêts contradictoires d'Homex et du Conseil. L'action du Conseil n'était pas en substance législative, mais plutôt de type quasi judiciaire de manière à faire jouer le principe de l'avis et la doctrine conséquente de la règle *audi alteram partem*. La Loi n'écarte pas la règle *audi alteram partem* et l'obligation qui en résulte pour le Conseil de tenir une audition avant de prendre une décision. Le Conseil n'a pas tenu une audition au sens formel et ordinaire et quoique les deux parties aient été tout à fait conscientes de leur position mutuelle, Homex n'a pas eu la possibilité de faire connaître sa position lorsqu'elle a clairement su quelle était la position finale du Conseil.

L'ordonnance d'examen judiciaire demandée relativement au règlement 7 est de la nature d'un *certiorari*. Le caractère discrétionnaire de ce recours ne fait aucun doute, et un requérant peut par sa conduite perdre son droit au redressement. Le redressement peut être refusé compte tenu des circonstances spéciales d'une affaire: la tentative d'Homex de se soustraire aux obligations de la convention Atkinson; le fait de contourner, par le morcellement en damier, le règlement du Village si les règlements s'avéraient invalides; et le fait que le seul recours du Village était les mesures qu'il a prises, que le litige possible rendait d'autant plus urgentes.

Rien ne justifie l'annulation du règlement 6. Ce règlement ne fait que rapporter une entente intervenue entre le Village et le propriétaire et formule la politique du Village relativement à la conduite d'eau. L'adoption du règlement 6 n'a aucun lien avec l'aliénation des terrains d'Homex compris dans le plan 567 et n'est pas entachée de mauvaise foi.

La forme des procédures prise n'est pas viciée dans son fondement juridique. Il était possible et approprié de recourir à *The Judicial Review Procedure Act, 1971* ou aux dispositions d'annulation de *The Municipal Act*.

Les juges Dickson et Ritchie, *dissidents:* Lorsque les règlements en question nuisent directement aux biens-fonds ou à la propriété de personnes en particulier, les tribunaux ont reconnu implicitement l'existence du droit d'être entendu en *common law*. Ce droit n'est pas écarté implicitement par l'exigence d'un préavis après l'adoption du règlement.

Il n'y a aucune raison pour que le principe *Wiswell* s'applique restrictivement ou qu'il ne s'applique pas en l'espèce. Le droit à un avis et à une audition ne devrait pas dépendre de l'existence d'un conflit entre deux propriétaires privés, que la municipalité doit résoudre. Le droit à une audition ne découle pas du fait qu'il y a des

fact that there were competing groups or individuals, some opposed to the by-law but from the fact that the by-law interfered, in particular, with the private property rights of this one owner.

The public interest was best served by affording the private interest full disclosure and a fair opportunity to be heard. There was no *a priori* reason why the private interest should yield abjectly to the public interest. The Village could undoubtedly pass the by-law if it were in the public interest, but, prior to deciding in favour of the public interest, the Council should have heard the landowner's submissions. An act could not be labelled "legislative" for the purpose of dispensing with fairness. Although a sophisticated owner, given prior notice, could "checkerboard" and defeat the intent of the section, it was for the legislature to decide that prior notice was not necessary. Further, the requirement of both prior and subsequent notice was not redundant: the earlier notice permitted representations from those who wished to protest and the subsequent notice informed all concerned of the action taken.

The right to procedural fairness no longer demanded an *a priori* classification of a process as judicial or quasi-judicial. It was not particularly important that the function of the municipality was classified as "legislative" or "quasi-judicial". Rather, it was necessary to look at the nature of the function and to the facts of each case. The by-law in question was not of wide and general application, but was rather aimed at deliberately limiting the rights of the appellant, entitling it to some procedural safeguards—at a minimum, notice of the proposed by-law and the opportunity to be heard. The prolonged negotiations between the Village and Homex did not satisfy the onus placed on the Village and did not result in waiver of notice for Homex had been given no indication of the Village's intention to enact the impugned by-laws.

[*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; *Bishop v. Ontario Securities Commission*, [1964] 1 O.R. 17; *Re Buhler and Rural Municipality of Stanley* (1977), 72 D.L.R. (3d) 447; *R. v. Brighton Corporation; Thomas Tilling, Lim., Ex parte* (1916), 85 L.J. K.B. 1552; *R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972) 2 Q.B. 299; *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Re Zadrevec et al. and Town of Brampton*, [1973] 3 O.R. 498; *Re Hershoran and City of Windsor et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 291; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Commission des Relations ouvrières de la province de*

personnes ou des groupes de personnes en conflit dont certaines sont opposées au règlement, mais du fait que le règlement porte atteinte de façon particulière aux droits de propriété appartenant à ce propriétaire.

L'intérêt public est mieux servi si les intérêts privés bénéficient d'une divulgation complète et d'une possibilité raisonnable d'être entendus. Il n'y a aucune raison *a priori* pour que l'intérêt privé cède servilement à l'intérêt public. Le Village pouvait sans aucun doute adopter un règlement dans l'intérêt public, mais avant d'opter en faveur de l'intérêt public, le Conseil devait entendre les arguments du propriétaire. On ne peut qualifier un acte de «législatif» pour se dispenser d'agir équitablement. Même si un propriétaire rusé qui reçoit un préavis pouvait morceler en damier et faire ainsi échec à l'intention de l'article, il incomberait au législateur de décider qu'un préavis n'était pas nécessaire. De plus, l'exigence d'un préavis et d'un avis subséquent n'introduit rien de répétitif: le préavis permettrait aux personnes qui désirent s'opposer de se faire entendre et l'avis subséquent informerait tous les intéressés des mesures prises.

Le droit à une procédure équitable ne dépend plus de la répartition préalable des fonctions dans les catégories judiciaires ou quasi judiciaires. Il n'est pas particulièrement important de savoir si la fonction de la municipalité doit être qualifiée de «législative» ou «quasi judiciaire», mais il est plutôt nécessaire de considérer la nature de la fonction et les faits de chaque cas. Le règlement en question n'était pas un règlement général devant s'appliquer à tous les citoyens, mais il visait plutôt délibérément à limiter les droits de l'appelante par lesquels elle pouvait bénéficier de la protection qu'offre la procédure, à tout le moins, un avis du règlement envisagé et la possibilité de se faire entendre. Les longues négociations entre le Village et Homex n'ont pas satisfait à l'obligation de ce dernier et n'ont pas entraîné une renonciation à l'avis parce que le Village n'avait pas donné à Homex d'indications de son intention d'adopter les règlements contestés.

[Jurisprudence: *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180; *Bishop v. Ontario Securities Commission*, [1964] 1 O.R. 17; *Re Buhler and Rural Municipality of Stanley* (1977), 72 D.L.R. (3d) 447; *R. v. Brighton Corporation; Thomas Tilling, Lim., Ex parte* (1916), 85 L.J.K.B. 1552; *R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*, [1972] 2 Q.B. 299; *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Re Zadrevec et al. and Town of Brampton*, [1973] 3 O.R. 498; *Re Hershoran and City of Windsor et al.* (1973), 1 O.R. (2d) 291; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des Relations ouvrières de la*

Québec et al., [1953] 2 S.C.R. 140; *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*; [1959] S.C.R. 24; *Re Orangeville Highlands Ltd. et al. v. Attorney General of Ontario and Township of Mono et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 97; *Wiswell et al. v. Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512; *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; *Re McMartin and City of Vancouver* (1968), 70 D.L.R. (2d) 38; *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Cock v. Labour Relations Board* (1960), 26 D.L.R. (2d) 127; *Re de Havilland Aircraft of Canada Ltd. and City of Toronto* (1980), 27 O.R. (2d) 721, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court quashing the municipal by-laws in question on an application for judicial review.

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

Lyle F. Curran, Q.C., for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Beetz, Estey and Chouinard JJ. was delivered by

ESTEY J.—The appellant disputes an order of the Ontario Court of Appeal upholding two by-laws of the respondent municipality being by-laws nos. 6 and 7, passed by the Village Council in 1975 and 1976. The issue turns on the interpretation of s. 29 of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, and the jurisdiction or authority of the courts under *The Judicial Review Procedure Act, 1971*, 1971 (Ont.), c. 48. In relating the essentials of the history of this matter, the appellant is referred to as Homex and the respondent municipality as the Village or the Council.

One Atkinson owned a parcel of land in the Village of Wyoming, County of Lambton, consisting of about 25 acres and in March of 1968 registered a plan of subdivision of that parcel as no. 567 in the Registry Division of Lambton. As a condition of such registration Atkinson entered into an agreement with the Village for the installation of municipal services on the land comprised in

[1] (1979), 23 O.R. (2d) 398; (1979), 8 M.P.L.R. 119.

province de Québec et autre, [1953] 2 R.C.S. 140; *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Re Orangeville Highlands Ltd. et al. v. Attorney General of Ontario and Township of Mono et al.* (1975), 8 O.R. (2d) 97; *Wiswell et al. c. Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 541; *Re McMartin and City of Vancouver* (1968), 70 D.L.R. (2d) 38; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Cock v. Labour Relations Board* (1960), 26 D.L.R. (2d) 127; *Re de Havilland Aircraft of Canada Ltd. and City of Toronto* (1980), 27 O.R. (2d) 721.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour divisionnaire qui avait annulé les règlements municipaux en question sur une demande d'examen judiciaire.

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

Lyle F. Curran, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Beetz, Estey et Chouinard rendu par

LE JUGE ESTEY—L'appelante conteste un ordre de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé la validité de deux règlements de la municipalité intimée, les règlements n°s 6 et 7, adoptés par le Conseil du village en 1975 et 1976. Le litige porte sur l'interprétation de l'art. 29 de *The Planning Act*, R.S.O. 1970, chap. 349, et sur la compétence ou le pouvoir des tribunaux en vertu de *The Judicial Review Procedure Act, 1971*, 1971 (Ont.), chap. 48. Dans le récit des faits essentiels de ce litige, l'appelante sera appelée Homex et la municipalité intimée le Village ou le Conseil.

Un nommé Atkinson était propriétaire d'un terrain d'une superficie d'environ 25 acres dans le village de Wyoming, comté de Lambton; en mars 1968 il a enregistré un plan de lotissement de ce terrain sous le numéro 567 de la Division d'enregistrement de Lambton. Conformément à une condition de cet enregistrement, Atkinson a conclu une convention avec le Village pour l'installation

[1] (1979), 23 O.R. (2d) 398; (1979), 8 M.P.L.R. 119.

this subdivision. This agreement was dated January 22, 1968 but was not registered until September 26, 1975 perhaps because it was not until sometime in 1973 that *The Planning Act, supra*, was amended to provide for the registration of such subdivision agreements and for their enforceability against subsequent owners of the land. This agreement provided in a general way for the provision by Atkinson, the owner, of "all the requirements, financial and otherwise, of the Corporation re surfacing of roads, installation of services and drainage".

Before any services were installed on this subdivision, Homex entered into an agreement with Atkinson for the purchase of 25 lots on the subdivision and this agreement was performed by the delivery by Atkinson to Homex of a deed to which, pursuant to the subdivision agreement, the Village consented. This deed was registered in May 1973. Atkinson, the vendor, retained three lots on the subdivision. Some time prior to the sale by Atkinson to Homex, Atkinson had conveyed to the Village two lots pursuant to the subdivision agreement. There are two lots on the subdivision owned by third parties not involved in this litigation. There is some dispute as to whether Homex was to be bound by and to perform the subdivision agreement on behalf of Atkinson. In the original documentation filed in the Supreme Court of Ontario there is to be found an affidavit completed by Norman Redick, the president of Homex, and sworn on July 28, 1976 and which affidavit is referred to in the notice of motion for judicial review. In the record filed before this Court, such an affidavit appears and paragraph 4 thereof states in part as follows:

> No mention was made in this deed [from Atkinson to Homex] of the assumption by Homex of any of the obligations of Atkinson under the subdivision agreement made by him with the Village nor did Homex assent to any such assumption at such time.

However, in Appendix A of the respondent's factum, there is set forth a page 2 of an affidavit sworn by the president of Homex and filed before the Divisional Court and the Court of Appeal which states in part as follows:

des services d'utilité publique sur ce lotissement. Cette convention était datée du 22 janvier 1968 mais n'a pas été enregistrée avant le 26 septembre 1975, peut-être parce que ce n'est qu'au cours de 1973 que *The Planning Act*, précitée, a été modifiée pour imposer l'enregistrement des conventions de lotissement de cette nature et leur opposabilité aux propriétaires du terrain. Cette convention prévoyait en termes généraux qu'Atkinson, le propriétaire, s'acquitterait de [TRADUCTION] «toutes les exigences, financières ou autres, de la Municipalité relativement au revêtement des routes, à l'installation des services d'utilité et au drainage».

Avant même l'installation d'un de ces services sur ce lotissement, Homex a obtenu d'Atkinson une promesse de vente de 25 lots du lotissement à laquelle Atkinson a donné suite en délivrant à Homex un acte de vente auquel le Village a donné son approbation conformément à la convention de lotissement. Le contrat a été enregistré en mai 1973. Atkinson, le vendeur, demeurait propriétaire de trois lots de ce lotissement. Quelque temps avant la vente intervenue entre Atkinson et Homex, Atkinson avait cédé deux lots au Village conformément à la convention de lotissement. Deux lots de ce lotissement appartiennent à des tiers qui ne sont pas parties à ce litige. Il y a divergence d'opinions sur la question de savoir si Homex est liée par la convention de lotissement conclue par Atkinson et doit s'y conformer. Dans la documentation originale déposée devant la Cour suprême de l'Ontario, il y a un affidavit de Norman Redick, président d'Homex, fait sous serment le 28 juillet 1976, lequel est mentionné dans l'avis de demande d'examen judiciaire. Cet affidavit fait partie du dossier déposé devant cette Cour et voici le texte de son paragraphe 4:

> [TRADUCTION] Dans cet acte de vente [entre Atkinson et Homex], il n'est pas mentionné qu'Homex assumerait les obligations d'Atkinson aux termes de la convention de lotissement intervenue entre lui et le Village ni qu'Homex acceptait de les assumer à cette époque.

Cependant, à l'annexe A du mémoire de l'intimée, se trouve la page 2 d'un affidavit du président d'Homex déposé devant la Cour divisionnaire et la Cour d'appel où il déclare notamment:

4. That by this agreement Homex agreed to assume the obligation of Atkinson under a subdivision agreement made by him with the Corporation of the Village of Wyoming regarding park allowance. A copy of this subdivision agreement was registered against the lands of Homex by the Town Solicitor, William M'Clean Dawson, on September 25, 1975, with registration number 375351.

An examination of the original documentation filed on this appeal in this Court reveals that the affidavit, completed by Redick as president, was filed in support of the application for judicial review in the Divisional Court and forwarded to the Court of Appeal for the hearing of the appeal in the Divisional Court. It sets out as page 2 thereof the excerpt of the affidavit I have copied above from the respondent's factum. In what appears to be an explanation for this discrepancy, counsel for the respondent in his factum states:

> That affidavit [being the excerpt copied above in which Homex agreed to assume at least some of the obligations of the subdivision agreement] was filed by the Appellant's then solicitor by mistake; however, it is submitted that it is an accurate statement as to Homex's agreement with Atkinson.

It is strange indeed that what purports to be the original affidavit appended to the originating notice of motion has a retyped page 2 setting forth the affidavit which appears in the record filed in this Court. This page 2 has obviously been typed on a different typewriter, appears in double space as compared to the single spacing of the balance of the affidavit, and the insert alone has been initialled only by the person (signature illegible) who took the affidavit of Mr. Redick. The mystery is deepened by the fact that the jurat does not reveal any date of re-execution of the affidavit. I have no hesitation in finding for the purposes of disposing of this appeal that the affidavit in support of the application for judicial review was as filed in its original form and, should it become important to the disposition of this appeal, I would without hesitation find that on the record the president of Homex indeed had knowledge of the existence and the content of the subdivision agreement between Atkinson and the Village dated January 26, 1970 and that Homex, through its president, undertook to assume the obligations of Atkinson thereunder.

[TRADUCTION] 4. Qu'aux termes de cette convention, Homex a accepté d'assumer l'obligation d'Atkinson en vertu d'une convention de lotissement intervenue entre lui et la municipalité du village de Wyoming concernant la réserve pour un parc. Une copie de cette convention de lotissement a été enregistrée contre les terrains d'Homex par le procureur du Village, William M'Clean Dawson, le 25 septembre 1975, sous le numéro 375351.

L'examen de la documentation originale déposée en vue du pourvoi devant cette Cour révèle que l'affidavit, signé par Redick en sa qualité de président, a été déposé à l'appui de la demande d'examen judiciaire devant la Cour divisionnaire et acheminé à la Cour d'appel pour l'audition de l'appel. Elle reproduit la page 2 de l'affidavit précité tiré du mémoire de l'intimée. Dans ce qui paraît être une explication à cette contradiction, l'avocat de l'intimée déclare dans son mémoire:

> [TRADUCTION] Cet affidavit [soit l'extrait déjà cité par lequel Homex accepte d'assumer au moins certaines des obligations de la convention de lotissement] a été déposé par erreur par le procureur de l'appelante à l'époque; toutefois, nous soutenons que c'est là une affirmation exacte quant à la convention entre Homex et Atkinson.

Il est étrange en réalité que le document qui se veut l'affidavit original annexé à l'avis de requête introductif d'instance comprenne une page 2 retapée qui correspond à l'affidavit versé au dossier déposé devant cette Cour. Cette page 2 a manifestement été dactylographiée sur une machine à écrire différente, à interligne double contrairement à l'interligne simple utilisé dans le reste de l'affidavit, et seule l'insertion porte les initiales de la personne (dont la signature est illisible) qui a reçu l'affidavit de M. Redick. Le mystère devient encore plus profond du fait que la formule d'authentification ne révèle aucune date de nouvelle signature de l'affidavit. Je n'ai aucune hésitation à conclure aux fins de ce pourvoi que l'affidavit à l'appui de la demande d'examen judiciaire est celui qui a été déposé dans sa forme originale et, si cela devenait important pour trancher ce pourvoi, je conclurais sans hésiter que, selon la preuve au dossier, le président d'Homex connaissait effectivement l'existence et le contenu de la convention de lotissement intervenue le 26 janvier 1970 entre Atkinson et le Village et que, par l'intermédiaire

I come to this conclusion as regards the entire contents of the agreement notwithstanding the limitation in the offer to purchase of the incorporated terms of the agreement to those regarding the "park allowance". This handwritten excerpt seems to me to read as follows:

present. subdivision agreement with the Village. regards. park allowance to be accepted by the purchaser. Wire[?] fence to be erected jointly with the purchaser and vendor.

As to the agreement itself, it was signed on behalf of Homex by Redick who then witnessed his own signature, and finally witnessed the execution of the agreement by the vendor. After the agreement was executed, Homex obtained the consent of the Village on March 23, 1970 to the conveyance of these lands from Atkinson to Homex. In his affidavit of uncertain date, the president of Homex says that "no reference is made in the deed" to the subdivision agreement. However, it hardly can be said that Homex in these circumstances was unaware of the existence of such an agreement. If one need further support for such a conclusion, it is to be found in the affidavit of the vendor, Atkinson, where he says in part that Redick was "well acquainted with the requirements and details" of the agreement before the contract was entered into between Homex and Atkinson; and that it was "clearly understood between him and me before the said contract was made that Homex would be responsible for satisfying the requirements of the Corporation of the Village of Wyoming . . .". The affidavit went on to state that for so undertaking the obligations of Atkinson, Homex was accorded a reduction in price of $5,000. This affidavit was not answered by Homex nor was Atkinson cross-examined upon it. The Court of Appeal concluded (and with respect I agree) that Homex knew of the services agreement at the time of the conveyance of the land to Homex. The Divisional Court made no finding on this matter.

The subdivision agreement between Atkinson and the Village entered into prior to the registration of plan of subdivision 567 provided in part:

de son président, Homex a assumé les obligations qu'avait Atkinson aux termes de cette convention. Je parviens à cette conclusion sur le contenu intégral de la convention bien que, dans l'offre d'achat, on se soit limité à incorporer les dispositions de la convention relatives à la «réserve pour un parc». L'extrait manuscrit me semble se lire comme suit:

[TRADUCTION] présente. convention de lotissement avec le Village. concerne. réserve pour un parc devant être acceptée par l'acheteur. clôture en fil métallique[?] devant être installée conjointement par l'acheteur et le vendeur.

Quant à la convention elle-même, elle a été signée au nom d'Homex par Redick qui a ensuite apposé sa propre signature et a finalement servi de témoin à la signature de l'acte par le vendeur. Après la signature, Homex a obtenu le 23 mars 1970 que le Village approuve le transfert des terrains d'Atkinson à Homex. Dans son affidavit dont la date n'est pas déterminée, le président d'Homex déclare qu' [TRADUCTION] «aucune mention n'est faite dans l'acte de vente» de la convention de lotissement. Cependant, on peut difficilement dire que dans ces circonstances Homex ignorait l'existence d'une telle convention. Si une preuve supplémentaire à l'appui de cette conclusion est nécessaire, on la trouve dans l'affidavit du vendeur, Atkinson, où il dit notamment que Redick était [TRADUCTION] «bien au courant des exigences et des détails» de la convention avant la signature du contrat entre Homex et Atkinson; et qu'il était [TRADUCTION] «clairement entendu entre nous avant la signature du contrat qu'Homex devrait satisfaire aux exigences de la municipalité du village de Wyoming . . .». Plus loin l'affidavit relate qu'un rabais de $5,000 a été accordé à Homex puisqu'elle assumait les obligations d'Atkinson. Homex n'a pas répondu à cet affidavit et Atkinson n'a pas été contre-interrogé à ce sujet. La Cour d'appel a conclu (et, avec égards je souscris à cette opinion) qu'Homex était au courant de la convention relative à l'installation des services au moment où les terrains lui ont été transférés. La Cour divisionnaire ne s'est pas prononcée sur cette question.

La convention de lotissement intervenue entre Atkinson et le Village avant l'enregistrement du plan de lotissement 567 prévoit en partie:

The Owner hereby covenants and agrees with the Corporation to satisfy all the requirements, financial and otherwise, of the Corporation re surfacing of roads, installation of services and drainage.

There is no specific reference to the engineering specifications for the work to be done in connection with the installation of roads and services, nor is there any reference to the requirements for park allowances which were referred to in the agreement of sale to Homex. The contract prohibits the sale of any of the lands in question by Atkinson until the agreement has been fully carried out except on the consent of the Village, but such provision does not provide that the consent will operate to release Atkinson from his obligation to the Village.

Before proceeding further with the narrative, it is important to pause and observe that at this stage of events Homex was the owner of all the lots in the subdivision fronting on Norman Street, except two lots which had been conveyed by Atkinson to the Village and two other lots owned by third parties which fronted on another street which had already been serviced, and no issue arises herein with respect to those two lots. The lots retained by the vendor, Atkinson, do not front on Norman Street. The waterline was installed by Homex on Norman Street and the other services and installations mentioned in the subdivision agreement were to be installed on that street but in fact were not so installed.

After the sale to Homex by Atkinson was completed negotiations ensued between the Village and Homex for the installation of services on this plan of subdivision.

These negotiations between Homex and the Village proved abortive although numerous documents were proffered by the Village. In his cross-examination on his affidavit, Redick perhaps reveals the reason why these protracted negotiations came to nought when he stated:

Q. That's what you really want. Everything to be done on local improvement?

A. I think it should be done that way in this case.

[TRADUCTION] Le propriétaire s'engage par les présentes envers la Municipalité à satisfaire à toutes les exigences, financières ou autres, de la Municipalité relativement au revêtement des routes, à l'installation des services d'utilité publique et au drainage.

Il n'y a pas de mention particulière des spécifications de construction pour les travaux à effectuer relativement à l'installation des routes et des services d'utilité publique, ni aucune mention des exigences relatives à la réserve pour un parc dont il est question dans la promesse de vente à Homex. Le contrat interdit à Atkinson de vendre les terrains en question avant que la convention ait été entièrement exécutée, sauf avec l'approbation du Village, mais cette disposition ne prévoit pas que le consentement libérera Atkinson de son obligation envers le Village.

Avant de poursuivre cette narration, il est important de s'arrêter pour remarquer qu'à ce stade des événements, Homex était propriétaire de tous les lots donnant sur la rue Norman, à l'exception de deux lots qu'Atkinson avait cédés au Village et de deux autres terrains appartenant à des tiers et qui donnaient sur une autre rue déjà viabilisée; ces deux derniers ne sont pas en litige ici. Les terrains conservés par le vendeur Atkinson ne donnent pas sur la rue Norman. La conduite d'eau a été installée par Homex rue Norman et les autres services et installations mentionnés dans la convention de lotissement devaient y être installés, mais ils ne l'ont pas été.

Après la vente par Atkinson à Homex, les négociations se sont poursuivies entre le Village et Homex pour l'installation des services d'utilité publique sur ce lotissement.

Ces négociations n'ont pas abouti bien que le Village ait soumis de nombreux documents. Lorsqu'il a été contre-interrogé sur son affidavit, Redick a peut-être révélé la raison de l'échec de ces négociations lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Q. C'est ce que vous désirez vraiment. Tout devrait être fait à titre d'amélioration de quartier?

R. Je crois que c'est ainsi qu'il aurait fallu le faire en l'espèce.

Q. Yes. That's your proposal?

A. I think it should be done that way.

If it be relevant to the outcome of these proceedings, the conclusion must be reached from an examination of the record, and particularly the cross-examination of the president of Homex, that Homex had indeed purchased these lands from Atkinson with the intention at the time, or thereafter acquired, of conveying the lots on this subdivision without the installation of any services so as to leave to the Village and the other inhabitants thereof the cost of providing these services on some basis or other, but not at the expense of Homex.

After the negotiations between the parties (which spread over a period of a year and a half) with respect to the installation of services had proved fruitless, the Village, without any notice to Homex, enacted by-law no. 7 on April 1, 1976 pursuant to s. 29(3) of *The Planning Act, supra*, whereby the parts of registered plan no. 567 indicated in the by-law (and being those lots purchased by Homex)

are hereby designated as parts which shall be deemed not to be a registered plan of subdivision for the purposes of subsection (2) of Section 29 of *The Planning Act*.

In September 1976 Homex made application by way of judicial review for an order quashing by-law 7. While this application was pending before the Divisional Court, Homex checkerboarded the lots received by it from Atkinson on plan 567. By checkerboarding, reference is made to the procedure discussed in detail in *Re Herman et al. and Kalbfleisch et al.*[2] and *Reference re Certain Titles to Land in Ontario*[3] and adopted by conveyancers on occasion in the Province of Ontario to escape the strictures of *The Planning Act, supra*. By this technique, Homex conveyed to a series of third parties, including Robert C. Redick, Norman C. Redick, Orville A. Redick, Daniel J. Redick, and others, so many lots as were necessary to produce a situation in which neither Homex nor any other single registered owner, other than the vendor Atkinson and the Village, held contiguous

[2] [1972] 2 O.R. 720.

[3] [1973] 2 O.R. 613 (C.A.)

Q. Oui. C'est là votre proposition?

R. Je crois que cela pourrait être fait ainsi.

Si cela est pertinent à l'issue de cette affaire, il faut conclure d'après l'examen de la preuve, et en particulier du contre-interrogatoire du président d'Homex, qu'Homex avait effectivement acheté ces terrains à Atkinson dans l'intention à l'époque, ou après l'achat, de vendre les lots du lotissement sans les viabiliser de sorte que le Village et les autres habitants aient à assumer le coût de l'installation de ces services d'une façon ou d'une autre, sans que ce soit aux frais d'Homex.

Après l'échec des négociations entre les parties relativement à l'installation des services (elles se sont poursuivies pendant une année et demie), le Village, sans donner d'avis à Homex, a adopté le règlement n° 7 le 1er avril 1976 en vertu du par. 29(3) de *The Planning Act*, précitée, aux termes duquel les parties du plan enregistré n° 567 désignées dans le règlement (soit les terrains achetés par Homex)

[TRADUCTION] sont par les présentes désignées comme des parties qui ne sont pas réputées un plan de lotissement enregistré aux fins du par. 29(2) de *The Planning Act*.

En septembre 1976 Homex a présenté une demande d'examen judiciaire pour faire annuler le règlement 7. Alors que cette demande était pendante devant la Cour divisionnaire, Homex a morcelé en damier les lots du plan 567 qu'elle avait achetés à Atkinson. Par ce morcellement, on désigne la procédure analysée en détail dans *Re Herman et al. and Kalbfleisch et al.*[2] et *Reference re Certain Titles to Land in Ontario*[3] et adoptée à l'occasion par des experts en transfert de propriété en Ontario pour échapper aux rigueurs de *The Planning Act*, précitée. Par cette technique, Homex a transféré à plusieurs tiers, dont Robert C. Redick, Norman C. Redick, Orville A. Redick, Daniel J. Redick et à d'autres, le nombre de lots nécessaires pour que, mis à part le vendeur Atkinson et le Village, ni Homex ni aucun autre propriétaire enregistré ne soient propriétaires de deux lots

[2] [1972] 2 O.R. 720.

[3] [1973] 2 O.R. 613 (C.A.)

lots on this plan of subdivision. Thus if by-law 7 be ineffective so that plan of subdivision 567 remains fully registered under *The Planning Act, supra*, and *The Registry Act*, R.S.O. 1970, c. 409, then Homex has apparently so arranged its land holdings as to make it immune from further regulations which may be adopted by the Village under *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284, with regard to the lots held by and for it on plan 567. On the other hand, if by-law 7 is effective, then the attempt to checkerboard has failed and Homex will be unable to convey, without further permission from the Village, any of its holdings on plan 567. I pause to point out that this rather unusual record is silent as to what declarations of trust, if any, are extant between the registered owners of some of the lots on 567 and Homex. The affidavit of one Catherine Clark Dawson simply sets out the state of the abstract of title as it existed on some date prior to the date her affidavit was taken, being September 6, 1977. The statement is made by the respondent in its factum that the lands were checkerboarded by Homex prior to the hearing of the application by the Divisional Court. This statement remains unanswered by the appellant and I take it, for the purposes of disposing of this appeal, that these lands were indeed so checkerboarded.

Almost as a sidelight to this main activity, Homex and the Village, in November 1975, entered into discussions concerning the installation of a water line on Norman Street which, as already stated, is the only street on the subdivision requiring services, and on which front the lots checkerboarded by Homex. The record contains a letter dated November 7, 1975 from the Village to Norman Redick, presumably in his capacity as president of Homex, answering a letter from him which is not in the record, and advising Redick of a decision reached by the Council of the Village:

> in regards to the installation of the 6" water line and fire Hydrant [*sic*].
>
> Their decision as follows: "That council reply to the letter from N. Redick, giving him the privelege [*sic*] of installing a watermain on Norman Street, providing he assures council in writing that no further services are

contigus de ce lotissement. Ainsi, si le règlement 7 est invalide de sorte que le plan 567 demeure entièrement enregistré aux termes de *The Planning Act*, précitée, et *The Registry Act*, R.S.O. 1970, chap. 409, alors Homex a apparemment manipulé de telle façon ses droits de propriété qu'elle ne peut être visée par d'autres règlements que le Village peut adopter sous le régime de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284 relativement aux lots du plan 567 qu'elle détient ou qu'on détient en son nom. Par ailleurs, si le règlement 7 est valide, alors la tentative de morcellement en damier a échoué et Homex sera incapable de transférer ses lots du plan 567 sans y être à nouveau autorisée par le Village. Je m'arrête pour faire remarquer que ce dossier plutôt inhabituel ne fournit aucun renseignement sur les déclarations de fiducie qui peuvent exister entre les propriétaires enregistrés de certains des lots du plan 567 et Homex. L'affidavit de Catherine Clark Dawson ne fait que reproduire l'extrait du registre tel qu'il existait avant la date de son affidavit, soit le 6 septembre 1977. L'intimée déclare dans son mémoire qu'Homex a morcelé les lots en damier avant l'audition de la demande par la Cour divisionnaire. L'appelante n'a pas répondu à cette déclaration et je considère, aux fins de ce pourvoi, que ces lots ont effectivement été morcelés en damier.

Presque accessoirement à cette activité principale, Homex et le Village ont engagé des pourparlers en novembre 1975, concernant l'installation d'une conduite d'eau rue Norman qui, je l'ai déjà dit, est la seule rue du lotissement à viabiliser, et c'est sur cette rue que donnent les lots morcelés en damier par Homex. Le dossier contient une lettre datée du 7 novembre 1975 adressée par le Village à Norman Redick, présumément en sa qualité de président d'Homex, en réponse à une lettre de ce dernier qui n'est pas au dossier, l'informant d'une décision prise par le Conseil du village:

> [TRADUCTION] relativement à l'installation de la conduite d'eau de 6 pouces de diamètre et des bornes d'incendie.
>
> Voici leur décision: «Que le conseil réponde à la lettre de N. Redick, lui donnant le privilège d'installer une conduite d'eau principale rue Norman à la condition qu'il garantisse par écrit au conseil que nul autre service

installed without signing an agreement with the village; the granting of such privelege [*sic*] shall in no way constitute a complete subdivision agreement, nor shall it inhibit the reopening of negotiations with Mr. Redick".

Thereafter the Village Council enacted by-law no. 6 on December 29, 1975 without any further notice to or dealings with Homex in the matter. After a recital of a request by Homex for permission to install a water pipeline on Norman Street, paragraph 2 of by-law no. 6 provides:

2. It is the policy of the Council of the Corporation of the Village of Wyoming that the said water pipe line in Norman Street from Superior Street to approximately the north limit of Lot 7 according to said Plan 567 shall not be assumed or taken over by the Corporation and no connection shall be permitted to be made to the said water pipe line and no water shall be supplied through the said water pipe line and the said water pipe line shall not form part of the municipal water supply system of the Village of Wyoming until authorized by a futher [*sic*] by-law of the Corporation of the Village of Wyoming.

Homex coupled an application in judicial review to quash this by-law with the application already mentioned for an order quashing by-law no. 7.

Although some of the issues herein raised are common to both by-laws 6 and 7, the larger question arises concerning the latter by-law and I therefore first deal with the validity of by-law no. 7.

The provisions in *The Planning Act, supra*, relating to the conveyance of land are found in s. 29, of which subss. (2) and (3) are here relevant:

(2) No person shall convey land by way of a deed or transfer, or grant, assign or exercise a power of appointment with respect to land, or mortgage or charge land, or enter into an agreement of sale and purchase of land or enter into any agreement that has the effect of granting the use of or right in land directly or by entitlement to renewal for a period of twenty-one years or more unless,

(*a*) the land is described in accordance with and is within a registered plan of subdivision; or

d'utilité publique ne sera installé tant qu'une convention ne sera pas signée avec le Village; l'octroi de ce privilège [sic] ne doit en aucune façon constituer une convention complète de lotissement ni ne doit empêcher la reprise des négociations avec M. Redick».

Par la suite le Conseil du village a adopté le règlement nº 6 le 29 décembre 1975 sans donner de préavis à Homex ni discuter avec elle de la question. Après avoir énoncé la demande de permission présentée par Homex, pour installer une conduite d'eau rue Norman, le paragraphe 2 du règlement nº 6 dispose:

[TRADUCTION] 2. C'est la politique du Conseil de la municipalité du village de Wyoming que la conduite d'eau rue Norman, depuis la rue Superior jusqu'aux abords de la limite nord du lot 7, suivant le plan 567, ne soit pas prise en charge par la Municipalité et qu'aucun raccordement à la conduite d'eau ne soit autorisé, que cette conduite d'eau ne puisse servir à l'aqueduc et qu'elle ne fasse pas partie du réseau municipal d'aqueduc du village de Wyoming avant qu'un autre règlement de la municipalité du village de Wyoming ne l'autorise.

Homex a présenté une demande d'examen judiciaire pour faire annuler ce règlement en même temps que la demande déjà mentionnée visant à obtenir l'annulation du règlement nº 7.

Bien que certaines des questions soulevées ici soient communes aux règlements 6 et 7, la question la plus importante concerne ce dernier règlement; par conséquent, j'examinerai d'abord la validité du règlement 7.

Les dispositions pertinentes en l'espèce de *The Planning Act*, précitée, sont les par. 29(2) et (3) concernant le transfert de terrains:

[TRADUCTION] Nul ne doit céder un bien-fonds par acte ou transfert, ni accorder, assigner ou exercer un mandat de désignation relativement à un bien-fonds, ni hypothéquer ou grever un bien-fonds, ni conclure une promesse de vente d'un bien-fonds ou une entente dont l'effet est d'accorder un droit d'usage ou autre sur un bien-fonds, que cela soit fait directement ou par clause de renouvellement pour une période de vingt et un ans ou plus, à moins que

a) le bien-fonds ne soit décrit conformément à un plan de lotissement enregistré dont il fait partie; ou

(*b*) the grantor by deed or transfer, the person granting, assigning or exercising a power of appointment, the mortgagor or chargor, the vendor under an agreement of purchase and sale or the grantor of a use of or right in land, as the case may be, does not retain the fee or the equity of redemption in, or a power or right to grant, assign or exercise a power of appointment with respect to, any land abutting the land that is being conveyed or otherwise dealt with; or

(*c*) and (*d*)—not here applicable

(*e*) a consent is given to convey, mortgage or charge the land, or grant, assign or exercise a power of appointment with respect to the land or enter into an agreement with respect to the land.

(3) The council of a municipality may by by-law designate any plan of subdivision, or part thereof, that has been registered for eight years or more, which shall be deemed not to be a registered plan of subdivision for the purposes of subsection 2.

Subsection (3) does not expressly require notice before the passage of any by-law authorized by the subsection, nor does the terminology of the subsection raise any necessary implication of a requirement of notice. Subsections (8), (9), (10) and (11) may be of some assistance in construing subs. (3), particularly as to whether it requires the giving of notice prior to the passage of a by-law such as by-law no. 7.

(8) A certified copy or duplicate of every by-law passed under subsection 3 shall be lodged by the clerk of the municipality in the office of the Minister.

(9) A by-law passed under subsection 3 is not effective until the requirements of subsections 10 and 11 have been complied with.

(10) A certified copy or duplicate of every by-law passed under this section shall be registered by the clerk of the municipality in the proper registry or land titles office.

(11) The clerk of the municipality shall send by registered mail notice of the passing of a by-law under subsection 3 to each person appearing by the last revised assessment roll to be the owner of land to which the by-law applies, which notice shall be sent to the last known address of each such person.

b) le cédant par acte ou transfert, la personne qui accorde, assigne ou exerce un mandat de désignation, le débiteur hypothécaire ou la personne qui a grevé le bien-fonds, le vendeur aux termes d'une promesse de vente ou le cédant d'un droit d'usage ou autre sur un bien-fonds, suivant le cas, ne retienne pas le droit de propriété ou le droit de rachat, ou un pouvoir ou droit d'accorder, d'assigner ou d'exercer un mandat de désignation relativement à un bien-fonds adjacent au bien-fonds qui est ainsi cédé ou qui est autrement visé; ou

c) et *d*)—non applicables en l'espèce.

e) un consentement ne soit donné pour céder, hypothéquer ou grever le bien-fonds, ou pour accorder, assigner ou exercer un mandat de désignation relativement au bien-fonds ou pour conclure une entente relative au bien-fonds.

(3) Le conseil d'une municipalité peut, par règlement, désigner un plan de lotissement, ou une partie de celui-ci, qui est enregistré depuis au moins huit ans, de façon qu'il soit réputé ne pas être un plan enregistré de lotissement aux fins du paragraphe (2).

Le paragraphe (3) n'exige pas expressément un avis avant l'adoption d'un règlement qu'il autorise et le texte du paragraphe ne permet pas de conclure à l'exigence implicite d'un avis. Les paragraphes (8), (9), (10) et (11) peuvent être utiles à l'interprétation du par. (3), surtout pour déterminer si un avis est nécessaire avant l'adoption d'un règlement tel le règlement nº 7.

[TRADUCTION] (8) Le secrétaire de la municipalité doit déposer au bureau du Ministre une copie ou un double certifié de chaque règlement adopté en vertu du paragraphe 3.

(9) Un règlement adopté en vertu du paragraphe 3 n'entre pas en vigueur avant que les exigences des paragraphes 10 et 11 aient été remplies.

(10) Le secrétaire de la municipalité doit porter au registre approprié ou déposer au bureau d'enregistrement des titres de biens-fonds une copie ou un double certifié de chaque règlement adopté en vertu du présent article.

(11) Le secrétaire de la municipalité doit envoyer par courrier recommandé avis de l'adoption d'un règlement en vertu du paragraphe 3 à chaque personne que le dernier rôle révisé d'évaluation désigne comme propriétaire du biens-fonds auquel s'applique le règlement, et ce à la dernière adresse connue de chacune de ces personnes.

Subsection (11) would indicate that the question of notice was of concern to the legislators and perhaps might be construed as indicating that, having expressly considered the question, the only notice prescribed is a notice after the passage of the by-law which, by subs. (9), is a condition precedent to the effectiveness of the by-law.

It should be noted that by an amendment to *The Planning Act, supra*, brought into effect by 1978 (Ont.), c. 93, s. 2(4), subss. 9 and 11 were repealed and the substituted sections deliberately and expressly provide that a notice is not a condition precedent to the effectiveness of a by-law passed under subs. (3); and a further procedure is prescribed for the hearing of persons who complain within a prescribed time after receipt of notice under subs. (11). Section 17 of *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, c. 225, provides:

> The repeal or amendment of an Act shall be deemed not to be or to involve any declaration as to the previous state of the law.

The courts of course are concerned only with the state of the rights of the parties under the statute as it existed at the time of the passage of the by-law, and accordingly the interpretation of s. 29(3) as it then stood is not affected by subsequent legislative action.

The courts long ago developed the general proposition that wherever a statute authorizes the interference with property or other rights and is silent as to whether or not the agency in question is required to give notice prior to the intervention in such rights, the courts will "supply the omission of the legislature" and require the agency in question to afford the subject an opportunity of being heard before it proceeds: *Cooper v. Wandsworth Board of Works*[4]; S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., at p. 161. Whether or not the courts today will invoke this principle of interpretation may depend upon the nature of the action being undertaken by a body such as a municipal council. There are instances where the omission of the prerequisite notice is not supplied

[4] (1863), 14 C.B. (N.S.) 180.

Le paragraphe (11) semble indiquer que le législateur s'est préoccupé de la question de l'avis et une interprétation possible de ce paragraphe serait que, après avoir expressément considéré la question, seul est prescrit un avis postérieur à l'adoption du règlement, lequel avis est, aux termes du par. (9), une condition de son entrée en vigueur.

Il faudrait remarquer que par une modification à *The Planning Act*, précitée, apportée par 1978 (Ont.), chap. 93, par. 2(4), les par. (9) et (11) ont été abrogés et que les dispositions qui les remplacent prévoient précisément et expressément qu'un avis n'est pas une condition de l'entrée en vigueur d'un règlement adopté en vertu du par. (3); une autre procédure est prévue pour que soient entendues les personnes qui portent plainte dans un délai prescrit après la réception de l'avis visé au par. (11). L'article 17 de *The Interpretation Act*, R.S.O. 1970, chap. 225 prévoit:

> [TRADUCTION] L'abrogation ou la modification d'une loi n'est pas réputée constituer ni impliquer une déclaration quelconque sur l'état antérieur du droit.

Bien sûr les tribunaux ne sont concernés que par l'état des droits des parties en vertu de la loi telle qu'elle existait au moment de l'adoption du règlement et, par conséquent, l'interprétation du par. 29(3) tel qu'il existait alors, n'est pas touchée par une mesure législative subséquente.

Les tribunaux ont formulé il y a longtemps la proposition générale que lorsqu'une loi permet de toucher les droits de propriété ou autres droits et ne dit pas si l'organisme en question doit donner un avis avant d'agir, ils [TRADUCTION] «remédieront à l'omission du législateur» et exigeront que l'organisme en question accorde au citoyen la possibilité de se faire entendre avant d'agir: *Cooper v. Wandsworth Board of Works*[4]; S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., à la p. 161. La question de savoir si les tribunaux invoqueront ce principe d'interprétation aujourd'hui peut dépendre de la nature de l'action entreprise par un organisme tel un conseil municipal. Dans certains cas, les tribunaux ne remédieront pas à l'absence de préavis, par exemple lorsqu'on

[4] (1863), 14 C.B. (N.S.) 180.

by the courts, as, for example, where the statute in question, by its very nature and by the legislative framework there adopted by the Legislature, must be read as precluding the requirement of prior notice. The Ontario Court of Appeal, for example, in *Bishop v. Ontario Securities Commission*[5], so construed s. 19 of *The Securities Act*, R.S.O. 1960, c. 363. Roach J.A., in speaking for the Court, stated:

> The whole purpose of the Act might be defeated if the chairman could make an order or ruling under that section only on notice to the person or company affected and after a hearing. Many days might elapse between the giving of the notice to the persons or company sought to be affected and the conclusion of the hearing during which time those persons or that company if dishonest and disreputable could continue to prey upon the public and plunder and fleece many people. For that reason it was essential to the purpose of the Act that the chairman should be empowered to act promptly and without notice to the person or company sought to be affected. The chairman's first duty is to the public and in empowering him to discharge that duty the Legislature has by appropriate legislation at the same time protected the person or company affected by the order by giving to him on it at their election the right to have the order reviewed by the Commission. (at p. 23)

The Planning Act of Manitoba (1975 (Man.), c. 29) contained at the time in question a provision identical to s. 29 (11). Subsequently, the Manitoba statute was amended (1977 (Man.), c. 35, s. 34) to prescribe a notice to affected parties as a condition precedential to the validity of a by-law enacted pursuant to a provision comparable to s. 29(3) of the Ontario statute. The effect of this amendment is precisely the opposite to that of the 1978 Ontario amendment. Prior to the adoption by the Manitoba Legislature of the 1977 amendment, the Court of Appeal in *Re Buhler and Rural Municipality of Stanley*[6] found that a by-law passed without notice was invalid and therefore quashed, not, however, by reason of the lack of notice but rather on the basis of bad faith in which the courts found the council to have acted.

[5] [1964] 1 O.R. 17.

[6] (1977), 72 D.L.R. (3d) 447, affirming 69 D.L.R. (3d) 602.

doit interpréter la loi en question, par sa nature même et dans le cadre législatif adopté par le législateur, de façon à écarter l'exigence d'un préavis. C'est ainsi par exemple que la Cour d'appel de l'Ontario a interprété l'art. 19 de *The Securities Act*, R.S.O. 1960, chap. 363, dans l'arrêt *Bishop v. Ontario Securities Commission*[5]. Le juge Roach qui exprimait l'opinion de la Cour, a dit:

> [TRADUCTION] On pourrait mettre en échec l'économie générale de la Loi si le président pouvait rendre une ordonnance ou une décision en vertu de cet article seulement après avoir donné un avis à la personne ou à la compagnie touchée et après audition. Plusieurs jours pourraient s'écouler entre la signification de l'avis aux personnes ou à la compagnie visées et la fin de l'audition et, pendant ce temps, les personnes ou la compagnie, si elles sont malhonnêtes et louches, pourraient continuer de s'attaquer au public, de voler et de dépouiller les gens. Pour cette raison, il est essentiel aux fins de la Loi que le président puisse agir promptement et sans devoir donner d'avis à la personne ou à la compagnie visée. Le président a au premier chef une obligation envers le public et, en lui permettant de s'en acquitter, le législateur a, par la même occasion au moyen d'une loi appropriée, protégé la personne ou la compagnie visée par l'ordonnance en lui permettant d'en appeler devant la Commission. (à la p. 23)

A l'époque qui nous intéresse ici, *The Planning Act* du Manitoba (1975 (Man.), chap. 29) contenait une disposition identique au par. 29(11). Par la suite, la loi manitobaine a été modifiée (1977 (Man.), chap. 35, art. 34) pour imposer un avis aux personnes visées comme condition préalable à la validité du règlement adopté en vertu d'une disposition comparable au par. 29(3) de la loi ontarienne. L'effet de cette modification est tout à fait opposé à celui de la modification adoptée en Ontario en 1978. Avant l'adoption de la modification de 1977 par la législature du Manitoba, la Cour d'appel dans *Re Buhler and Rural Municipality of Stanley*[6], a jugé qu'un règlement adopté sans avis était invalide et l'a donc annulé, non pas cependant en raison de l'absence d'avis mais plutôt en raison de la conclusion de mauvaise foi du conseil à laquelle les tribunaux sont parvenus.

[5] [1964] 1 O.R. 17.

[6] (1977), 72 D.L.R. (3d) 447, conf. 69 D.L.R. (3d) 602.

In determining the appropriate interpretation applicable to s. 29(3) of *The Planning Act, supra*, the statutory framework, the nature of the action being undertaken by the Village Council, and the general circumstances prevailing at the time of the action by the Village Council must be taken into account.

The Village Council is, of course, entirely a creature of statute. It derives all its power, its status, its rights as well as its limitations from various provincial legislation of which *The Municipal Act, supra*, may be said to represent the core. This legislation has assigned a wide range of activities and responsibilities to the municipal council which have been variously categorized by the courts through the years. In some instances the council acts purely as a sub-legislature enacting legislation within the ambit of the authorizing statute for the general governance of the region in respect of which the council is given its statutory authority. In other instances, as for example in the granting or withholding of individual licences pursuant to applications, the courts have classified the municipal activity as "judicial": *R. v. Brighton Corporation; Thomas Tilling, Lim., Ex parte*[7], and in so exercising their judicial function

> ... they are bound to act judicially. It is their duty to hear and determine according to law, and they must bring to that task a fair and unbiased mind. (*per* Sankey J. at p. 1555)

More recently, in *R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*[8], Lord Denning has stated:

> It is perhaps putting it a little high to say they are exercising judicial functions. They may be said to be exercising an administrative function. But even so, in our modern approach, they must act fairly: and the court will see that they do so. (at p. 308)

This aspect of municipal law is addressed by Laskin J. (as he then was) in *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*[9], at pp. 968-969:

Pour déterminer l'interprétation qu'il faut donner au par. 29(3) de *The Planning Act*, précitée, il faut tenir compte du cadre législatif, de la nature de l'action entreprise par le Conseil du village et des circonstances particulières qui prévalaient au moment où le Conseil du village a agi.

Bien sûr, le Conseil du village est entièrement une création législative. Tous ses pouvoirs, son statut, ses droits et ses incapacités découlent de diverses lois provinciales dont *The Municipal Act*, précitée, peut être considérée comme le pivot. Cette loi a confié une grande variété d'activités et de responsabilités à un conseil municipal que les tribunaux ont quatifiées de façon diverse au cours des années. Dans certains cas le conseil agit simplement comme une sous-législature, qui légifère dans le cadre de la loi habilitante pour l'administration générale de la région qui relève de sa compétence. Dans d'autres cas, par exemple lorsqu'il s'agit d'accorder ou de refuser des permis particuliers suite à des demandes, les tribunaux ont qualifié l'activité municipale de «judiciaire»: *R. v. Brighton Corporation; Thomas Tilling Lim., Ex parte*[7], et dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

> [TRADUCTION] ... ils doivent agir judiciairement. Ils ont l'obligation de tenir des auditions et de rendre une décision conformément à la loi et ils doivent agir impartialement. (Le juge Sankey à la p. 1555)

Plus récemment, dans *R. v. Liverpool Corporation, Ex parte Liverpool Taxi Fleet Operators' Association*[8], lord Denning a dit:

> [TRADUCTION] Il est peut-être un peu exagéré de dire qu'ils exercent des fonctions judiciaires. On peut dire qu'ils exercent une fonction administrative. Mais même là, selon notre façon moderne de voir, ils doivent agir équitablement: et les tribunaux s'assureront qu'il en est ainsi. (à la p. 308)

Le juge Laskin (maintenant Juge en chef) s'est penché sur cet aspect du droit municipal dans l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*[9], aux pp. 968 et 969:

[7] (1916), 85 L.J.K.B. 1552.
[8] [1972] 2 Q.B. 299.
[9] [1971] S.C.R. 957.

[7] (1916), 85 L.J.K.B. 1552.
[8] [1972] 2 Q.B. 299.
[9] [1971] R.C.S. 957.

The defendant is a municipal corporation with a variety of functions, some legislative, some with also a quasi-judicial component (as the *Wiswell* case determined) and some administrative or ministerial, or perhaps better categorized as business powers.

. . .

A municipality at what may be called the operating level is different in kind from the same municipality at the legislative or quasi-judicial level where it is exercising discretionary statutory authority.

The act of passing by-law 7 is an exercise of the Council's legislative function. En route to that exercise there may have been a decisional process but that factor does not, in my view, alter the characterization at law of the Council's action, or append thereto other consequences at law. This problem was examined in *Welbridge, supra*, at p. 969 where Laskin J. (as he then was) stated:

A narrower basis of liability is, however, proposed in the present case, one founded only on the failure to carry out the anterior procedural requirements for the enactment of By-law No. 177. Although those requirements were held in the *Wiswell* case to be expressions of a quasi-judicial function, this did not mean that the hearing to which they were relevant was a step unrelated to the legislative exercise in which the defendant was engaged.

It is clear that the passage of the by-law, if effective, has stripped Homex of its freedom to exercise the right of conveyance given by the provincial planning statute. On the other hand, it is equally clear that the balance of the township, that is to say the local ratepayers, may well be seriously affected by the action of Homex if the latter is successful in avoiding the consequences of the deregistration of plan 567. One effect would appear to be that the other inhabitants would be obligated in theory, or in fact, or both, to service the lots of subdivision 567 as and when they may be occupied by residences. It was submitted by the respondent that the argument of a notice requirement in these circumstances answers itself. The power granted the Village under s. 29(3) would be defeated by the response in fact taken by Homex in checkerboarding its lands prior to hearing of the application to quash. Thus we have the opposing

La défenderesse est une municipalité ayant des fonctions diverses, certaines législatives, certaines qui comportent aussi un élément quasi judiciaire (comme on l'a statué dans l'affaire *Wiswell*) et certaines administratives ou ministérielles, auxquelles la désignation de pouvoirs relatifs aux affaires convient peut-être mieux.

. . .

Au niveau qu'on pourrait appeler celui des opérations, une municipalité n'est pas la même qu'au niveau législatif ou quasi judiciaire où elle exerce un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi.

L'adoption du règlement 7 est un exercice de la fonction législative du Conseil. Il se peut que l'exercice de cette fonction ait exigé une prise de décision mais, à mon avis, ce facteur ne modifie pas la qualification juridique de l'action du Conseil, pas plus qu'il n'y attache d'autres conséquences juridiques. Ce problème a été examiné dans l'affaire *Welbridge*, précitée, à la p. 969 où le juge Laskin (alors juge puîné) dit:

Toutefois, en l'espèce, on propose en ce qui concerne la responsabilité une base plus restreinte, le simple défaut de se conformer aux règles de procédure pour l'adoption du règlement municipal nº 177. Même si dans l'arrêt *Wiswell*, il a été décidé que ces règles se rattachaient à l'exercice d'une fonction quasi judiciaire, cela ne voulait pas dire que l'audition à laquelle elles se rapportaient était indépendante du pouvoir législatif que la demanderesse exerçait.

Il est clair que si le règlement est valide, son adoption a privé Homex de la liberté d'exercer le droit de transfert que lui accorde la loi provinciale d'urbanisme. Par ailleurs, il est tout aussi certain que le reste du canton, c'est-à-dire les contribuables de la localité, pourrait être sérieusement touché par l'action d'Homex si cette dernière réussissait à éviter les conséquences de la cessation de l'enregistrement du plan 567. Ainsi, un des effets serait d'imposer aux autres habitants en théorie, ou en fait, ou selon les deux, de viabiliser les lots du lotissement 567 lors de la construction des habitations. L'intimée a prétendu que dans ces circonstances, l'exigence d'un avis s'explique par elle-même. Si Homex décidait de morceler ses terrains avant l'audition de la demande d'annulation, elle mettrait en échec le pouvoir accordé au Village par le par. 29(3). Ainsi il s'agit des considérations opposées à celles énoncées dans *Wands-*

considerations of *Wandsworth, supra*, and *Bishop, supra.*

The Ontario Court of Appeal in *Re Zadrevec et al. and Town of Brampton*[10] was concerned with the action of a municipal council which, as here, had failed to give notice to affected parties of proposed by-laws rezoning their lands. Such by-laws, before they could become effective in law, required the approval of the Ontario Municipal Board. Prior to that approval an action was taken under *The Municipal Act, supra*, to have the by-laws in question declared void. The Court found that the Legislature, by imposing the approval of the Board as a condition precedent to the validity of the by-laws, had removed from the Municipal Council and transferred to the Board

> ... the judicial process which the council in the absence of such transfer would have been required to discharge. (*per* Kelly J.A. at p. 504);

and continuing at p. 507:

> It is my opinion that the Legislature has indicated its intention that the other provisions it has made relieve the Council of the obligation to act judicially in adopting the amendment to the official plan and that Council, being aware that the procedure it was following would result in an opportunity for all parties to be heard by the Board and of the Board to exercise its judgment, was relieved of the obligation to act judicially as it would have been required to do if the Legislature had not made such other provisions. Consequently, there was no denial of natural justice in the action of Council and the by-law adopting the amendment is not liable to be declared void on that account.

In somewhat similar circumstances a municipality was required by the courts to give notice prior to the enactment of a by-law which rendered forfeit the right of redemption by the payment of arrears of taxes: *Re Hershoran and City of Windsor et al.*[11] The statute was silent as to notice but the Divisional Court found that the city council lost jurisdiction on failing to notify the landowner of its impending action by by-law and hence the by-law was quashed. It is interesting to note that the by-law in question was subject to confirmation

[10] [1973] 3 O.R. 498.
[11] (1973), 1 O.R. (2d) 291.

worth et *Bishop*, précités.

Dans *Re Zadrevec et al. and Town of Brampton*[10], la Cour d'appel de l'Ontario devait examiner l'action d'un conseil municipal qui, comme en l'espèce, n'avait pas donné aux parties visées avis de projets de règlements modifiant le zonage de leurs biens-fonds. Avant d'entrer en vigueur, ces règlements devaient être approuvés par la Commission municipale de l'Ontario. Avant que cette approbation ne soit donnée, une action a été introduite en vertu de *The Municipal Act*, précitée, pour faire déclarer nuls les règlements en question. La Cour a conclu qu'en exigeant l'approbation de la Commission comme condition préalable à la validité des règlements, le législateur avait enlevé au conseil municipal et confié à la Commission

> [TRADUCTION] ... le processus judiciaire qu'en l'absence d'un tel transfert, le conseil aurait dû suivre. (Le juge Kelly de la Cour d'appel à la p. 504)

et a poursuivi à la p. 507:

> [TRADUCTION] A mon avis, le législateur a manifesté son intention que les autres dispositions qu'il a adoptées libèrent le conseil de l'obligation d'agir judiciairement lorsqu'il adopte la modification au plan officiel et que, conscient que la procédure qu'il suivait permettrait à toutes les parties d'être entendues par la Commission et permettrait à celle-ci de prendre une décision, le conseil était libéré de l'obligation d'agir judiciairement comme il aurait été requis de le faire si le législateur n'avait pas adopté les autres dispositions. Par conséquent, l'action du conseil ne constitue pas un déni de justice naturelle et le règlement modificatif ne peut être déclaré nul de ce chef.

Dans des circonstances assez semblables, les tribunaux ont exigé qu'une municipalité donne un préavis de l'adoption d'un règlement qui annulait le droit de rachat par le paiement des arrérages de taxes: *Re Hershoran and City of Windsor et al.*[11] La Loi ne prévoyait pas d'avis, mais la Cour divisionnaire a jugé que le conseil municipal avait perdu sa compétence en n'informant pas le propriétaire de l'adoption imminente du règlement envisagé et, par conséquent, le règlement a été annulé. Il est intéressant de remarquer qu'avant

[10] [1973] 3 O.R. 498.
[11] (1973), 1 O.R. (2d) 291.

prior to its effectiveness by the Minister of Municipal Affairs and the Court likewise quashed the Minister's purported approval of the by-law on the grounds that the Minister had failed to take into account the position of the landowner in the circumstances there prevailing. The Court, speaking through Hughes J., appears to have found that the council, in the exercise of its discretion in electing to designate the lands in question as park lands with the inevitable extinction of the rights of the owner in those lands, was acting in a quasi-judicial manner within the contemplation of the judgment of this Court in *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Commission des Relations ouvrières de la province de Québec et al.*[12], rather than in an administrative capacity as that function was determined to be in law by this Court in *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*[13]. The opposite result to that in the *Zadrevec* case, *supra*, was reached by the same court in *Orangeville Highlands Ltd. et al. v. Attorney General of Ontario and Township of Mono et al.*[14], but presumably on the basis that the ministerial order therein under review was final and not subject to Ontario Municipal Board approval. The Court there found that a zoning order affecting the property rights of the applicant and issued without notice to it was without effect in law. In the result, in was held that the ministerial order imposing provincial zoning was the exercise of a power comparable to that of a municipal council and that the order, not being subject to review elsewhere, must be taken to the exercise of a judicial or quasi-judicial function and consequently was invalid on the absence of notice to the affected owners. Superficially there may appear to be a conflict between this decision and that of the Ontario Divisional Court in *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.*[15] where no notice was required on the part of the Minister when promulgating regulations under *The Niagara Escarpment Planning and Development Act, 1973*, 1973 (Ont.), c. 52. The Court there, however, found that the Minister, by adopting a regulation affecting a wide area comprising

[12] [1953] 2 S.C.R. 140.
[13] [1959] S.C.R. 24.
[14] (1975), 8 O.R. (2d) 97.
[15] (1978), 20 O.R. (2d) 541.

d'entrer en vigueur le règlement devait être approuvé par le ministre des Affaires municipales et que la Cour a également annulé l'approbation présumée du règlement par le Ministre pour le motif que ce dernier n'avait pas tenu compte de la situation particulière du propriétaire. Par l'intermédiaire du juge Hughes, la cour a apparemment conclu que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de désigner les terrains en question comme parc, ce qui entraîne inévitablement l'extinction des droits du propriétaire, le conseil exerçait une fonction quasi judiciaire au sens de l'arrêt de cette Cour *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des Relations ouvrières de la province de Québec et autre*[12], plutôt qu'une fonction administrative suivant la définition juridique qu'en a donnée cette Cour dans *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*[13]. La Cour même qui avait rendu l'arrêt *Zadrevec*, précité, est parvenue à un résultat différent dans *Re Orangeville Highlands Ltd. et al. v. Attorney General of Ontario and Township of Mono et al.*[14], mais présumément parce que l'ordonnance ministérielle y attaquée était finale et non assujettie à l'approbation de la Commission municipale de l'Ontario. La Cour a conclu qu'une ordonnance de zonage touchant les droits de propriété de la requérante et rendue sans avis n'avait aucune valeur juridique. Finalement, elle a jugé l'ordonnance ministérielle qui imposait un zonage provincial constituait l'exercice d'un pouvoir comparable à celui du conseil municipal et que l'ordonnance, qui n'était pas susceptible d'un autre contrôle, devait être considérée comme l'exercice d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire et que, par conséquent, elle était invalide vu l'absence d'avis aux propriétaires visés. De prime abord il peut sembler y avoir un conflit entre cette décision et celle de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.*[15] où l'on n'a pas exigé que le Ministre donne avis de l'adoption de règlements en vertu de *The Niagara Escarpment Planning and Development Act, 1973*, 1973 (Ont.), chap. 52. Cependant, dans cette

[12] [1953] 2 R.C.S. 140.
[13] [1959] R.C.S. 24.
[14] (1975), 8 O.R. (2d) 97.
[15] (1978), 20 O.R. (2d) 541.

many different owners of land, was acting in a purely legislative capacity. The British Columbia Court of Appeal in *Re McMartin and City of Vancouver*[16] classified the action of city council as being legislative where that council was adopting a general zoning by-law applicable to a wide region of the municipality. The statute prescribed a public hearing precedent to the adoption of such a by-law, and after the public hearing was held, the city council received additional representations from individual owners. The majority of the Court, by classifying the general zoning by-law as legislative rather than judicial or quasi-judicial, found no duty in council to do more than conduct the first general hearing, which it did, and no right arose in any affected landowners by reason of the reception by council thereafter of additional representations.

This Court, in *Wiswell et al. v. Greater Winnipeg*[17], was required to classify the action taken by the Council of the City of Winnipeg when adopting a by-law rezoning a specific piece of property. The Court found the action by the municipal council to be quasi-judicial in nature and hence were required to give notice to those property owners affected by the proposed action. The statute prescribed certain forms of notice which were not followed. This Court quoted with approval the remarks by Freedman J.A. (as he then was) in the Court of Appeal:

> In proceeding to enact By-law No. 177 Metro was essentially dealing with a dispute between Dr. Ginsburg, who wanted the zoning requirements to be altered for his benefit, and those other residents of the district who wanted the zoning restrictions to continue as they were. That Metro resolved the dispute by the device of an amending by-law did indeed give to its proceedings an appearance of a legislative character. But in truth the process in which it was engaged was quasi-judicial in nature; and I feel I must so treat it. (at p. 520)

[16] (1968), 70 D.L.R. (2d) 38.
[17] [1965] S.C.R. 512.

affaire, la Cour a jugé que par l'adoption d'un règlement qui touchait une grande région comprenant de nombreux propriétaires fonciers, le Ministre exerçait une fonction purement législative. Dans *Re McMartin and City of Vancouver*[16], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a qualifié de législative l'action du conseil municipal qui adopte un règlement de zonage général applicable à une grande partie de la municipalité. La Loi prévoyait une audition publique préalable à l'adoption d'un tel règlement, et, après la tenue de l'audition publique, le conseil municipal a permis à certains propriétaires de présenter des observations supplémentaires. En qualifiant le règlement de zonage de législatif plutôt que de judiciaire ou quasi judiciaire, la majorité de la cour a conclu que l'obligation du conseil se limitait à la tenue de la première audition générale, ce qu'il avait fait, et que les observations supplémentaires recueillies ultérieurement par le conseil n'avait créé aucun droit en faveur des propriétaires touchés.

Dans l'affaire *Wiswell et autres c. Greater Winnipeg*[17], cette Cour était appelée à qualifier l'adoption par le conseil municipal de Winnipeg lorsqu'il a adopté un nouveau règlement de zonage visant un bien-fonds déterminé. La Cour a jugé qu'il s'agissait d'une mesure de nature quasi judiciaire et qu'il fallait donc donner un avis aux propriétaires ainsi visés. La Loi prévoyait certains types d'avis lesquels n'avaient pas été donnés. La Cour a cité en les approuvant les remarques du juge Freedman (tel était alors son titre) en Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Lorsqu'elle a décidé d'adopter le règlement nº 177, la municipalité voulait essentiellement régler un litige entre le Dr Ginsburg, qui désirait voir le zonage modifié en sa faveur, et d'autres habitants du quartier qui ne voulaient pas de changement. En résolvant le litige au moyen d'un règlement modificatif, la municipalité a effectivement donné à ses procédures l'apparence d'un acte législatif. Mais en réalité, elle exerçait des fonctions de nature quasi judiciaire; et, à mon avis, c'est ainsi que je dois les envisager. (à la p. 520)

[16] (1968), 70 D.L.R. (2d) 38.
[17] [1965] R.C.S. 512.

Later in his judgment, Hall J., at p. 522, adopted the observations of Masten J.A. in *Re Howard and City of Toronto*[18] at p. 576:

> In dealing with a proposed by-law which involves a conflict of interests between private individuals who are affected, the council, while exercising a discretion vested in it by statute, acts in a quasi-judicial capacity . . . and its preliminary investigations and all subsequent proceedings ought to be conducted in a judicial manner, with fairness to all parties concerned.

In the end Hall J. concluded (at p. 523):

> It was not merely the failure to post the placards but the manifest ignoring of the fact known to it that the Association would oppose the by-law . . .

Here we have the circumstance that the statute does not expressly require notice to the affected landowners. Council, of course, was aware that Homex would oppose such a by-law as no. 7. The by-law had some characteristics of a community interest by-law, as in the *Hershoran* case, *supra*, but it also represented the purported culmination of an *inter partes* dispute conducted on adversarial lines between Homex and the Council. As in *Hershoran* and in *Wiswell*, *supra*, I would conclude that the action taken by the Council was not in substance legislative but rather quasi-judicial in character so as to attract the principle of notice and the consequential doctrine of *audi alteram partem*, as laid down by the courts as long ago as in *Wandsworth*, *supra*. On this branch of the case all that remains is to determine whether the statutory pattern leaves this judicial principle available or is it an instance for the adoption of the principles applied in *Bishop*, *supra*, by Roach J.A. The statute requires the filing of a copy of such a by-law as by-law no. 7 with the Minister and, in order to be effective, the by-law must be registered in the Registry Office and mailed to the registered owner of the lands affected. I draw no inference from such provisions that no prior notice may be required where the action in question is essentially *inter partes* and quasi-judicial in nature. Thus the statute does not displace, in my view, the very old rule of *audi alteram partem* and the resultant duty

[18] (1928), 61 O.L.R. 563.

Plus loin dans son jugement, à la p. 522, le juge Hall a fait siennes les remarques du juge Masten de la Cour d'appel dans l'arrêt *Re Howard and City of Toronto*[18] à la p. 576:

> [TRADUCTION] Quand il prépare un projet de règlement qui porte sur un conflit d'intérêts entre des individus, le conseil, bien qu'il exerce un pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi, exerce une fonction quasi judiciaire . . . et ses premières enquêtes et toutes les procédures subséquentes devraient être menées de façon judiciaire, avec équité pour toutes les parties en cause.

A la fin, le juge Hall a conclu (à la p. 523):

> [TRADUCTION] Ce n'était pas simplement l'omission d'apposer les affiches, mais l'ignorance manifeste du fait qu'il savait que l'association s'opposerait au règlement . . .

Ici, la Loi n'exige pas expressément qu'un avis soit donné aux propriétaires visés. Bien sûr, le Conseil savait qu'Homex s'opposerait à un règlement de la nature du règlement n° 7. Ce règlement présente certaines caractéristiques d'un règlement adopté dans l'intérêt de la collectivité, comme dans l'affaire *Hershoran*, précitée, mais il est également le point culminant d'un conflit *inter partes* opposant les intérêts contradictoires d'Homex et du Conseil. Comme dans les affaires *Hershoran* et *Wiswell*, précitées, je suis d'avis de conclure que l'action du Conseil n'était pas en substance législative mais plutôt de type quasi judiciaire de manière à faire entrer en jeu le principe de l'avis et la doctrine conséquente de la règle *audi alteram partem*, comme l'énoncent les tribunaux depuis des décisions aussi anciennes que *Wandsworth*, précitée. Sur cet aspect de l'affaire, il ne reste qu'à décider si l'économie de la Loi permet de recourir à ce principe judiciaire ou s'il faut en l'espèce adopter les principes appliqués dans l'arrêt *Bishop*, précité, par le juge Roach en Cour d'appel. La Loi exige qu'une copie d'un règlement tel le règlement n° 7 soit déposée auprès du Ministre et, pour devenir exécutoire, le règlement doit être enregistré au Bureau d'enregistrement et expédié au propriétaire enregistré des biens-fonds visés. Je ne déduis pas de ces dispositions qu'aucun avis ne peut être requis si l'action en question est essentiellement *inter partes* et de nature quasi judiciaire.

[18] (1928), 61 O.L.R. 563.

in Council to hear first and decide later. Such a conclusion is facilitated by the further feature in this case that Council has acted as the judge of its own actions in determining the outcome of the dispute between itself and Homex with reference to the provision of services to subdivision 567.

But that is only part of the journey. Next it must be determined whether in fact Homex was "heard" by the Council. There was of course no 'hearing' in the formal and ordinary sense by the Village of the position of Homex. There had, however, been a full awareness by both sides of the position of the other in this dispute. There had been detailed negotiations and an exchange of correspondence on the subject of the subdivision agreement and the installation of services on the lands included in the subdivision. The last letter was sent by the Village to Homex on March 23, 1976 and which letter stated in part:

> If you wish to proceed, please advise us and arrange for your Professional Engineers to submit their proposals for the development to the Village's Engineers for their examination and their report to the Council.
>
> Any such agreement would of course also require that the present action against the Village of Wyoming be dismissed and that the Village be reimbursed for its expenses in connection with that action.

The by-law was passed on April 1, 1976. One can hold no reasonable doubt that Homex had had every opportunity to explain its refusal to install services on the subdivision. The Village had made known to Homex its requirements for servicing. Homex held the view, however, that services should be paid for by the ratepayers in the Village generally and not by the owner of lands remaining to be serviced in this subdivision. Homex, however, did not receive an opportunity to assess its final position on this matter in the face of any action such as that taken by the Village in the passage of by-law no. 7. In the full and final sense Homex did not receive an opportunity to make known its position once fully aware of the Village's final position. In the light of the conduct of Homex and the attitude of its principal officer, one reaches this

Ainsi la Loi n'écarte pas, à mon avis, la très ancienne règle *audi alteram partem* et l'obligation qui en résulte pour le Conseil de tenir une audition avant de prendre une décision. Le fait qu'en l'espèce le Conseil a agi comme juge de ses propres actions en décidant de l'issue du conflit avec Homex, relativement à l'obligation de viabiliser le lotissement 567, facilite une telle conclusion.

Mais cela n'est qu'une étape. Il faut ensuite décider si le Conseil a effectivement permis à Homex «de se faire entendre». Bien sûr, le Village n'a pas tenu une «audition» au sens formel et ordinaire pour entendre Homex. Toutefois, les deux parties étaient tout à fait conscientes de leur position mutuelle. Il y a eu des négociations poussées et un échange de correspondance au sujet de la convention de lotissement et de l'installation de services d'utilité publique sur les terrains du lotissement. La dernière lettre a été envoyée par le Village à Homex le 23 mars 1976; en voici un extrait:

> [TRADUCTION] Si vous désirez donner suite à vos projets, nous vous prions de nous en informer et de bien vouloir demander à vos ingénieurs de soumettre leurs propositions d'aménagement aux ingénieurs du Village afin qu'ils les étudient et fassent rapport au Conseil.
>
> Pareille convention exigerait bien sûr que la présente action contre le village de Wyoming soit rejetée et que le Village soit remboursé de ses frais y afférents.

Le règlement a été adopté le 1er avril 1976. On ne peut raisonnablement douter qu'Homex a eu amplement l'occasion d'expliquer son refus de viabiliser le lotissement. Le Village l'avait informée de ses exigences à cet égard. Cependant Homex était d'avis qu'il appartenait aux contribuables du Village d'assumer les frais d'installation et non pas au propriétaire des terrains du lotissement non encore viabilisés. Toutefois Homex n'a pas eu la possibilité d'établir sa position finale sur cette question face à l'adoption du règlement nº 7 par le Village. En somme, Homex n'a pas eu la possibilité de faire connaître sa position lorsqu'elle a clairement su quelle était la position finale du Village. Compte tenu de la conduite d'Homex et de l'attitude de son dirigeant principal, on parvient à cette conclusion avec regret et en s'appuyant

conclusion with reluctance and only on the most narrow and technical grounds.

We come then to the last substantive test. Having thus determined that Homex had the right to an opportunity to be heard and that Homex did not receive such an opportunity before the passage by the Village of by-law no. 7, is Homex in all these circumstances entitled to the remedy sought, that is the quashing of the by-law on judicial review? These proceedings are brought under *The Judicial Review Procedure Act, 1971, supra.* The procedure on this application is that formerly available under the Rules of Court where an application was made for an order in lieu of *certiorari.* The statute in s. 2(5) preserves the discretion of the Court under the former procedure:

> Where, in any of the proceedings enumerated in subsection 1, the court had before the coming into force of this Act a discretion to refuse to grant relief on any grounds, the court has a like discretion on like grounds to refuse to grant any relief on an application for judicial review.

The discretionary nature of the remedy is undoubted: *vide* Laskin C.J. in *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*[19], at p. 749, where the Court exercised its discretion to deny *certiorari* to an applicant otherwise in law entitled. The matter was again examined in this Court in *Harelkin v. University of Regina*[20], *per* Beetz J. at pp. 575-6:

> The use of the expression *ex debito justitiae* in conjunction with the discretionary remedies of *certiorari* and *mandamus* is unfortunate. It is based on a contradiction and imports a great deal of confusion into the law.
>
> *Ex debito justitiae* literally means "as of right", by opposition to "as of grace" (P. G. Osborne, *A Concise Law Dictionary*, 5th ed.; *Black's Law Dictionary*, 4th ed.); a writ cannot at once be a writ of grace and a writ of right. To say in a case that the writ should issue *ex debito justitiae* simply means that the circumstances militate strongly in favour of the issuance of the writ rather than for refusal. But the expression, albeit Latin, has no magic virtue and cannot change a writ of grace

[19] [1976] 2 S.C.R. 739.
[20] [1979] 2 S.C.R. 561.

seulement sur les moyens les plus procéduraux et étroits.

Nous en venons maintenant à l'examen du dernier critère de fond. Ayant donc déterminé qu'Homex avait le droit d'être entendue et qu'elle n'a pas eu cette possibilité avant l'adoption du règlement nº 7 par le Village, a-t-elle droit, compte tenu de toutes ces circonstances, au redressement demandé, soit la cassation du règlement par examen judiciaire? Ces procédures ont été introduites en vertu de *The Judicial Review Procedure Act*, 1971, précitée. La procédure propre à cette demande est celle qui s'appliquait antérieurement en vertu des règles de la cour sur une demande d'ordonnance tenant lieu de *certiorari*. Le paragraphe 2(5) de la Loi maintient le pouvoir discrétionnaire dont jouissait la cour selon l'ancienne procédure:

> [TRADUCTION] Lorsque, dans le cadre d'une des procédures énumérées au paragraphe (1), la cour avait avant l'adoption de la présente loi le pouvoir discrétionnaire de refuser un redressement pour quelque motif, elle le conserve pour les mêmes motifs sur une demande d'examen judiciaire.

Le caractère discrétionnaire du redressement ne fait aucun doute: voir le juge en chef Laskin dans *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*[19], à la p. 749, où la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser un *certiorari* à un requérant qui autrement y aurait eu droit. La question a été réexaminée par cette Cour dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*[20], par le juge Beetz aux pp. 575 et 576:

> Associer l'expression *ex debito justitiae* aux recours discrétionnaires du *certiorari* et du *mandamus* n'est pas heureux. Cette association est fondée sur une contradiction et crée beaucoup de confusion dans notre droit.
>
> Littéralement, *ex debito justitiae* signifie [TRADUCTION] «de plein droit», par opposition à [TRADUCTION] «de complaisance» (P.G. Osborne, *A Concise Law Dictionary*, 5e éd.; *Black's Law Dictionary*, 4e éd.); un bref ne peut être à la fois un bref de complaisance et un bref de plein droit. Dire qu'un bref doit être émis *ex debito justitiae* signifie simplement que les circonstances militent en faveur de l'émission du bref plutôt que du refus. Mais l'expression, bien que latine, n'a aucun pouvoir

[19] [1976] 2 R.C.S. 739.
[20] [1979] 2 R.C.S. 561.

into a writ of right nor destroy the discretion even in cases involving lack of jurisdiction.

Certiorari was there refused because other remedies had been available but not pursued by the applicant. The principles governing the exercise of discretion to decline the grant of the extraordinary remedy of *certiorari* are gathered in *Halsbury*, 4th ed., vol. 1, at p. 157, para. 162: including, from the point of view of this appeal, "... if the conduct of the party applying has not been such as to disentitle him to relief ...". Examples of such conduct are found (in addition to those already enumerated above) in *F. Hoffman-LaRoche & Co. A.G. and others v. Secretary of State for Trade and Industry*[21]; *Watson v. Northern School Board et al.*[22], where the applicant had breached a contract and then sought to quash an award by a board established to determine the financial entitlements of the applicant as a result of such breach; *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and United Steelworkers of America*[23], where the judge of first instance refused *certiorari* because the applicant had acted unconscionably during the proceedings before the administrative tribunal. The Court of Appeal, adopting the same general principles of law, found that on the facts the applicant was not guilty of disentitling conduct[24].

I recognize that there has been some criticism of this exercise of judicial discretion to deny the remedy, which criticism has generally viewed the discretion as an attempt by a court to apply or impose its own code of morality. This observation, however, denies or overlooks the very history of *certiorari*, an extraordinary and discretionary remedy coming down to present day courts from ancient times. To say that the writ is universally available where the rights of an individual are adversely affected by action of some public authorities taken in excess of jurisdiction or in some circumstances where an error of law has been committed in the course of the exercise of its

[21] [1975] A.C. 295.
[22] [1976] 5 W.W.R. 703.
[23] [1972] 2 O.R. 709.
[24] [1973] 1 O.R. 136.

magique et ne peut faire d'un bref de complaisance un bref de plein droit, ni détruire le pouvoir discrétionnaire, même dans les cas d'absence de compétence.

Le *certiorari* a été refusé dans cette affaire parce que le requérant ne s'était pas prévalu des autres recours possibles. Les principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder le redressement extraordinaire que constitue le *certiorari*, sont réunis à *Halsbury*, 4e éd., vol. 1, à la p. 157, par. 162: soit, du point de vue de ce pourvoi, [TRADUCTION] « ... Si le requérant ne s'est pas conduit de façon à perdre son droit au redressement ...». On trouve des exemples de ce genre de conduite (en plus de ceux énumérés précédemment) dans *F. Hoffman-LaRoche & Co., A.G. and others v. Secretary of State for Trade and Industry*[21]; *Watson v. Northern School Board et al.*[22], où le requérant avait violé un contrat et ensuite cherché à faire annuler une indemnité accordée par une commission établie pour déterminer les droits pécuniers du requérant par suite de cette violation; *Re Falconbridge Nickel Mines Ltd. and United Steelworkers of America*[23], où le juge de première instance a refusé le *certiorari* parce que la requérante avait agi de façon déraisonnable au cours des procédures devant le tribunal administratif. Adoptant les mêmes principes juridiques généraux, la Cour d'appel a conclu que, selon les faits, la conduite de la requérante ne l'a pas privée de ce recours[24].

Je reconnais que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire de refuser le redressement a été critiqué, mais cette critique envisage généralement ce pouvoir comme une tentative des tribunaux d'appliquer ou d'imposer leur propre code de moralité. Toutefois, cette remarque nie ou refuse de reconnaître l'histoire même du *certiorari*, un redressement extraordinaire et discrétionnaire dont les tribunaux contemporains ont hérité des tribunaux anciens. Dire que ce bref est un recours universel lorsqu'un organisme public porte atteinte aux droits d'une personne par une mesure qui dépasse sa compétence ou dans des circonstances où il a commis une erreur de droit dans l'exercice de cette

[21] [1975] A.C. 295.
[22] [1976] 5 W.W.R. 703.
[23] [1972] 2 O.R. 709.
[24] [1973] 1 O.R. 136.

jurisdiction, is not to say that the reviewing tribunal must slavishly apply the rules surrounding the issuance of *certiorari* and automatically respond to the application of the person affected without any further scrutiny. The principles upon which *certiorari*, and now the modern order in judicial review, have been issued have long included the principle of disentitlement where a court, because of the conduct of the applicant, will decline the grant of the discretionary remedy.

Certiorari is, of course a prerogative writ originating in the earliest times as a discretionary power of the royal courts in the control of lesser tribunals in the jurisdictional sense. As said by the learned author of S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., 1980, at p. 587:

> Certiorari was essentially a royal demand for information . . .

From the dawn of its use, which is said to be in the mid-1200's, the courts have been concerned with:

> . . . maintaining the principle that writs closely associated with the rights of the Crown should not issue out of the Chancery to the subject as of course. (de Smith, *supra*, at p. 586)

The learned author of Wade, *Administrative Law*, 4th ed., 1977, in referring to *certiorari* and other prerogative remedies, described them as:

> . . . discretionary and the court may therefore withhold them if it thinks fit. [at p. 560];

and later in the discussion stated:

> The discretion to withhold remedies against unlawful action may make inroads upon the rule of law, and must therefore by exercised with the greatest care. In any normal case the remedy accompanies the right. But the fact that a person aggrieved is entitled to certiorari *ex debito justitiae* does not alter the fact that the court has power to exercise its discretion against him, as it may in the case of any discretionary remedy. This means that he may have to submit to some unlawful administrative act which is *ex hypothesi* ultra vires. For, as has been observed earlier, a void act is in effect a valid act if the court will not grant relief against it.

compétence, n'équivaut pas à dire que le tribunal d'appel doit appliquer servilement les règles relatives à la délivrance d'un *certiorari* et répondre automatiquement à la demande de la personne touchée sans autre examen. Les principes en vertu desquels le *certiorari* et maintenant l'ordonnance moderne d'examen judiciaire sont accordés, comprennent depuis longtemps celui de la perte du droit au redressement lorsqu'à cause de la conduite du requérant, un tribunal refuse d'accorder le redressement discrétionnaire.

Bien sûr, le *certiorari* est un bref de prérogative qui à l'origine était un pouvoir discrétionnaire des cours royales servant à contrôler les abus de pouvoir des tribunaux d'instance inférieure. Comme l'a dit le savant auteur S.A. de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., 1980, à la p. 587:

> [TRADUCTION] Le *certiorari* était essentiellement une demande royale d'information . . .

Depuis que l'on se prévaut de ce recours, soit vers le milieu du douzième siècle, les tribunaux ont cherché à:

> [TRADUCTION] . . . maintenir le principe que les brefs intimement liés aux droits de la Couronne ne devraient pas être délivrés d'office au requérant par la chancellerie. (de Smith, précité, à la p. 586)

Lorsque Wade, savant auteur de *Administrative Law*, 4e éd., 1977, parle du *certiorari* et des autres brefs de prérogative, il dit qu'ils sont:

> [TRADUCTION] . . . discrétionnaires et la cour peut donc refuser de les accorder si elle le juge à-propos. (à la p. 560);

et il ajoute plus loin dans l'exposé:

> [TRADUCTION]Le pouvoir discrétionnaire de refuser un redressement contre une action illégale peut constituer un empiétement sur la règle de droit et il faut donc l'exercer avec la plus grande prudence. Normalement, le redressement accompagne le droit. Mais le fait qu'une personne lésée ait droit au certiorari *ex debito justitiae* ne change rien au fait que le tribunal peut exercer son pouvoir discrétionnaire contre elle comme il peut le faire pour tout redressement discrétionnaire. Cela signifie qu'elle peut devoir se soumettre à un acte administratif illégal qui, par hypothèse, constitue un excès de pouvoir. Car, comme on l'a déjà fait remarquer, un acte nul est en réalité un acte valide si le tribunal refuse d'intervenir.

While the writ of *certiorari* has been replaced by statute in the United Kingdom in 1938 by an order in the nature of *certiorari* and in some provinces in the Rules of Court for orders in lieu of *certiorari*; and in other provinces by the statutory procedures sometimes described as judicial review, the courts have continued to apply the principles of the ancient prerogative writ to the newer forms of the same remedy. There are many examples to which one can turn. The British Columbia Court of Appeal in *Cock v. Labour Relations Board*[25] reversed an order of the court below quashing, by *certiorari*, an award by a labour relations board, and in doing so stated through Davey J.A., at p. 129:

> While the point was not taken below, in my respectful opinion, these writs should not be granted, even upon grounds otherwise legally sufficient, to applicants who in the matters before the Board have committed the fraud, trickery, and apparently perjury, found against the respondents here.

It is to be noted that the Court there regarded the discretion to be one springing not from the adversarial position of the parties but from the reponsibility of the Court in the administration of superior court review to match the application of the extraordinary remedy to the circumstances of each case. Other authorities to the same point are *Ex parte Fry*[26], at p. 737; *The King v. General Commissioners for the Purposes of the Income Tax Acts*[27], at p. 519; *The King v. Williams*[28], at p. 614, as to the exercise of discretion in the first instance. Thus it will be seen that the governing principles surrounding the issuance or withholding of the extraordinary remedy of *certiorari* in old or modern form operate up through the levels of the superior courts. Indeed, it is incumbent upon all courts to apply those principles where the circumstances so require whether or not the parties

[25] (1960), 26 D.L.R. (2d) 127.
[26] [1954] 1 W.L.R. 730.
[27] [1917] 1 K.B. 486.
[28] [1914] K.B. 608.

Bien que, par une loi adoptée en 1938, le bref de *certiorari* ait été remplacé au Royaume-Uni par une ordonnance de la nature d'un *certiorari* et, dans certaines provinces, par des dispositions des règles de pratique prévoyant une ordonnance tenant lieu de *certiorari*, et dans d'autres provinces par des procédures établies par la loi parfois appelées examen judiciaire, les tribunaux ont continué d'appliquer les principes de l'ancien bref de prérogative aux nouvelles formes de ce même redressement. Plusieurs exemples s'offrent à nous. Dans l'arrêt *Cock v. Labour Relations Board*[25], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé l'ordonnance de la cour d'instance inférieure qui annulait par *certiorari* la décision d'une commission des relations de travail et, ce faisant, elle a déclaré par l'intermédiaire du juge Davey, à la p. 129:

> [TRADUCTION] Bien que la question n'ait pas été examinée par les cours d'instance inférieure, je suis respectueusement d'avis que ces brefs ne devraient pas être accordés, même lorsqu'ils sont par ailleurs légalement fondés, à des requérants qui, dans les affaires soumises à la Commission, se sont, comme les intimés en l'espèce, rendus coupables de fraude, de supercherie et, semble-t-il de parjure.

Il faut remarquer que, dans cette affaire-là, la cour a considéré que le pouvoir discrétionnaire ne découlait pas de la situation conflictuelle des parties, mais de la responsabilité de la cour qui, dans l'administration du pouvoir de contrôle des cours supérieures, doit adapter le recours extraordinaire aux circonstances de chaque espèce. On trouve d'autres décisions sur le même point telles *Ex parte Fry*[26], à la p. 737; *The King v. General Commissioners for the Purposes of the Income Tax Acts*[27], à la p. 519; *The King v. Williams*[28] à la p. 614, quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en première instance. Ainsi on voit que les principes qui régissent la délivrance du redressement extraordinaire que constitue le *certiorari*, sous sa forme ancienne ou contemporaine, ou le refus de l'accorder filtrent jusqu'au niveau des cours supérieures. En fait, toutes les cours doivent

[25] (1960), 26 D.L.R. (2d) 127.
[26] [1954] 1 W.L.R. 730.
[27] [1917] 1 K.B. 486.
[28] [1914] K.B. 608.

address themselves to the latter.

Turning now to the application of this principle to the circumstances of this appeal, I do not propose to repeat but merely refer back to the history of the dealings by Homex with its predecessor in title Atkinson, and with the Village. Homex has sought throughout all these proceedings to avoid the burden associated with the subdivision of the lands comprised in plan 567. In the preliminary stages of this application for judicial review, Homex has taken inconsistent and even contradictory positions. Examinations on affidavits were protracted because of a lack of simple frankness on the part of its president. Homex has sought, after its application to this Court to set aside the by-law, to put its lands beyond the reach of municipal regulations by means of checkerboarding. This it apparently is entitled to do at law but it does not follow that the exercise of such a legal right may not be a factor for assessment by a court which Homex invites to exercise a discretion in its favour in connection with *certiorari* or now judicial review concerning by-law 7. Of primary concern in my view is the attempt by Homex to avoid the burden of the "Atkinson" agreement to service these lands by shifting that burden to the ratepayers in the Village by the undoing of the municipal action taken in the form of by-law 7. There is nothing in the Council's conduct of negotiations to indicate the presence of any motive in Council other than its desire to protect its constituents from an expense which had been undertaken by the owners of plan 567 when seeking the right to subdivide their land. This objective the Village had facilitated first by entering into a subdivision agreement with the then owner Atkinson, and thereafter by consenting to a conveyance of the subdivided lands to the applicant Homex. Furthermore, Homex appears to be secure against other forms of action for the recovery of the cost of services by the Village. It is not a party to the Atkinson-Village agreement and the agreement could not be registered and did not therefore run with the land at the time of the Homex acquisition. It might be that the Village could prove prior notice and somehow overcome want of privity in an action on the agreement. But Homex erected

appliquer ces principes lorsque les circonstances l'exigent, que les parties les invoquent ou non.

Pour appliquer ce principe aux circonstances de ce pourvoi, je n'ai pas l'intention de répéter mais tout simplement de mentionner l'historique des pourparlers entre Homex et son prédécesseur en titre Atkinson, et le Village. Tout au long de ces procédures, Homex a cherché à éviter les obligations qui se rattachent au lotissement des terrains du plan 567. Dès le début de cette demande d'examen judiciaire, Homex a adopté des positions incompatibles et mêmes contradictoires. Les interrogatoires sur les affidavits se sont prolongés en raison du manque de franchise du président. Après avoir présenté à cette Cour une demande visant l'annulation du règlement, Homex a cherché à soustraire ses terrains à l'application des règlements municipaux au moyen du morcellement en damier. Elle a apparemment légalement le droit de recourir à cette technique, mais il ne s'ensuit pas que l'exercice de ce droit ne peut être un facteur dont tiendra compte un tribunal auquel Homex demande d'exercer un pouvoir discrétionnaire en sa faveur relativement au *certiorari* ou à la demande d'examen judiciaire concernant le règlement 7. A mon avis, le point d'importance capitale est la tentative d'Homex de se soustraire aux obligations de la convention «Atkinson» de viabiliser ces terrains et de les faire assumer par les contribuables du Village en attaquant la mesure prise par la municipalité sous la forme du règlement 7. Rien dans les négociations n'indique que le Conseil poursuivait d'autres buts que celui d'éviter à ses contribuables une dépense que les propriétaires du plan 567 avaient assumée lorsqu'ils voulaient obtenir le droit de lotir leur terrain. Le Village avait facilité les choses d'abord en signant une convention de lotissement avec le propriétaire de l'époque, Atkinson, puis en consentant à un transfert des terrains lotis à la requérante Homex. De plus Homex paraît être protégée contre d'autres formes d'actions pour le recouvrement des frais d'installation des services par le Village. Elle n'est pas partie à la convention entre Atkinson et le Village, la convention n'a pas pu être enregistrée et ne grevait pas le terrain au moment où Homex en a fait l'acquisition. Il se pourrait que dans une action fondée sur la convention, le Village puisse

another obstacle in the path of the Village by resorting to checkerboarding in December 1976. Such litigation by the Village would be difficult, no doubt protracted as were these proceedings, expensive, and of doubtful outcome. In any case, Homex and its "nominees" on title might, in the meantime, have disposed of the land and the Village would be left submerged in litigation with the new owners over the cost of services. Indeed, there is presently at least one outstanding action brought against Homex by a purchaser in which the Village is a third party.

I would, by reason of these special circumstances, deny the issuance of the order of judicial review with reference to by-law no. 7. In doing so it is reassuring to note that a like conclusion was reached by the Ontario Divisional Court in similar circumstances in *Re Bergin et al. and Township of King*[29], citing in its reasons the judgment of Anglin J. (as he then was) in *Rodd v. County of Essex*[30], at p. 143. While these authorities concern the discretion to withhold the writ on a *mandamus* application, the same sort of circumstances were examined as here.

I return now to by-law no. 6 being the by-law passed in December 1975 relating to the installation of a water main on Norman Street. The applicant seeks the quashing of by-law 6 on the grounds "that the by-law was passed in bad faith and for the purpose of preventing the applicant from proceeding with the development and sale of its lands in the said registered plan". The following is the by-law in its entirety:

> A by-law concerning a water pipeline on Norman Street.
>
> WHEREAS the Council of the Corporation of the Village of Wyoming was requested by Norman C. Redick to give him permission to install a water pipe line on Norman Street according to Registered Plan Number 567 in the Village of Wyoming from Superior Street to approximately the north limit of Lot 7 according to said Plan 567.

[29] [1973] 3 O.R. 174.
[30] (1910), 44 S.C.R. 137.

prouver un préavis et ainsi suppléer de quelque façon à l'absence de lien de droit. Mais Homex a opposé un autre obstacle au Village en recourant au morcellement en damier en décembre 1976. Pareille action par le Village serait difficile, sans doute longue comme les présentes procédures, coûteuse et son issue incertaine. Quoi qu'il en soit, Homex et ses «personnes interposées» risqueraient, dans l'intervalle, de disposer des terrains et le Village serait donc enlisé dans des litiges avec les nouveaux propriétaires quant aux frais d'installation des services. Il y a effectivement au moins une action pendante intentée contre Homex par un acquéreur, qui met en cause le Village.

Compte tenu de ces circonstances spéciales, je suis d'avis de refuser de rendre une ordonnance d'examen judiciaire relativement au règlement nº 7. Il est rassurant de remarquer que la Cour divisionnaire de l'Ontario est parvenue à une conclusion semblable dans des circonstances analogues dans *Re Bergin et al. and Township of King*[29], citant dans ses motifs le jugement du juge Anglin (alors juge puîné) dans l'arrêt *Rodd c. County of Essex*[30], à la p. 143. Bien que ces décisions portent sur le pouvoir discrétionnaire de refuser le bref de *mandamus*, l'examen portait sur le même genre de circonstances.

Je reviens maintenant au règlement nº 6, soit le règlement adopté en décembre 1975 concernant l'installation d'une conduite d'eau principale rue Norman. La requérante demande l'annulation du règlement nº 6 [TRADUCTION] «parce que le règlement a été adopté de mauvaise foi et dans le but d'empêcher la requérante de procéder à la mise en valeur et à la vente de ses terrains compris dans le plan enregistré». Voici le règlement intégral:

> [TRADUCTION] Règlement concernant une conduite d'eau rue Norman
>
> ATTENDU QUE Norman C. Redick a demandé au Conseil de la municipalité du village de Wyoming la permission d'installer une conduite d'eau rue Norman, suivant le plan enregistré numéro 567 dans le village de Wyoming depuis la rue Superior jusqu'aux abords de la limite nord du lot 7 conformément au plan nº 567.

[29] [1973] 3 O.R. 174.
[30] (1910), 44 R.C.S. 137.

AND WHEREAS Norman C. Redick represented to the Council that the immediate installation of the said water pipe line by him would save him money in connection with the development of the land owned by Homex Realty and Development Company Limited in the said Plan of Subdivision and as a courtesy to him but without making any other commitments, the Council by resolution consented to the installation of the said pipe line but made no commitment as to when the said pipe line might be assumed or taken over by the Corporation or when it could be used for the supply of water.

NOW THEREFORE the Council of the Corporation of the Village of Wyoming enacts as follows:

1. The lands affected by this by-law are Lots 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 and Norman Street according to Registered Plan 567 in the said Village of Wyoming.

2. It is the policy of the Council of the Corporation of the Village of Wyoming that the said water pipe line in Norman Street from Superior Street to approximately the north limit of Lot 7 according to said Plan 567 shall not be assumed or taken over by the Corporation and no connection shall be permitted to be made to the said water pipe line and no water shall be supplied through the said water pipe line and the said water pipe line shall not form part of the municipal water supply system of the Village of Wyoming until authorized by a futher [sic] by-law of the Corporation of the Village of Wyoming.

By-law 6 is of much less importance to the parties because whether or not there be a by-law concerning this pipeline, there is in the circumstances disclosed a contract between Homex and the Village in which the terms on which the water line was installed are set out in correspondence between the parties. It is trite law that a municipality may act only by by-law and in any case only within its statutory jurisdiction. By-law 6 does not purport to make a general rule applicable to the municipality as a whole, nor does it purport to grant or withhold any rights or privileges in respect of the municipality or its inhabitants. It simply records an agreement between the Village and the landowner and announces the policy of the Village with reference to the pipe line, namely that without further by-law action, the water main shall not form a part of the municipal water supply system.

ET ATTENDU QUE Norman C. Redick a fait valoir devant le Conseil que l'installation immédiate de la conduite d'eau lui permettrait de faire des économies sur la mise en valeur des terrains appartenant à Homex Realty and Development Company Limited dans le plan de lotissement et que, par mesure de courtoisie envers lui mais sans prendre d'autres engagements, le Conseil a consenti par résolution à l'installation de la conduite d'eau mais n'a pas dit à quel moment elle serait prise en charge par la municipalité ni à quel moment elle pourrait servir à l'aqueduc.

A CES CAUSES, le conseil de la Municipalité du village de Wyoming décrète ce qui suit:

1. Les terrains visés par le présent règlement sont les lots 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, et la rue Norman, conformément au plan enregistré n° 567 dans le village de Wyoming.

2. C'est la politique du Conseil de la municipalité du village de Wyoming que la conduite d'eau rue Norman, depuis la rue Superior jusqu'aux abords de la limite nord du lot 7, suivant le plan 567, ne soit pas prise en charge par la Municipalité et qu'aucun raccordement à la conduite d'eau ne soit autorisé, que cette conduite d'eau ne puisse servir à l'aqueduc et qu'elle ne fasse pas partie du réseau municipal d'aqueduc du village de Wyoming avant qu'un autre règlement de la municipalité du village de Wyoming ne l'autorise.

Le règlement 6 est beaucoup moins important pour les parties puisque, qu'il y ait ou non un règlement concernant cette conduite d'eau, les faits montrent qu'il existe un contrat entre Homex et le Village dont les termes qui ont régi l'installation de la conduite d'eau, se retrouvent dans la correspondance échangée par les parties. Il est de droit constant qu'une municipalité ne peut agir que par règlement et sans outrepasser la compétence que lui accorde la loi. Le règlement 6 ne vise pas à énoncer une règle générale applicable à l'ensemble de la municipalité, il ne vise pas non plus à accorder ou à refuser des droits ou des privilèges relativement à la municipalité ou à ses habitants. Il ne fait que rapporter une entente intervenue entre le Village et le propriétaire et formule la politique du Village relativement à la conduite d'eau, savoir qu'en l'absence d'un autre règlement la conduite d'eau ne fera pas partie du réseau municipal d'aqueduc.

The applicant alleges bad faith. There is no finding of bad faith in either court below and nothing in the record would support any such finding. The second ground alleged by the applicant Homex is that by-law 6 was enacted "for the purposes of preventing the applicant from proceeding with the development and sale of its lands in the said registered plan". There is, of course, nothing in the by-law, including its recitals, which would indicate any such purpose. There is no finding in either court below of any such purpose and again nothing in the record ties the action of the Village in the passage of by-law no. 6 to the disposition by Homex of its lands in plan 567.

La requérante invoque la mauvaise foi. Ni l'une ni l'autre des cours d'instance inférieure n'a conclu à la mauvaise foi et rien au dossier n'appuie une telle conclusion. La requérante fait également valoir que le règlement 6 a été adopté [TRADUCTION] «dans le but d'empêcher la requérante de procéder à la mise en valeur et à la vente de ses terrains compris dans le plan enregistré». Bien sûr, rien dans le règlement, y compris son préambule, n'indique un tel but. Ni l'une ni l'autre des cours d'instance inférieure n'a conclu à l'existence d'un tel but et, encore une fois, rien au dossier ne rattache la mesure qu'a prise le Village en adoptant le règlement nº 6 à l'aliénation des terrains d'Homex compris dans le plan 567.

The Divisional Court, speaking through Anderson J., stated:

> . . . it is not entirely clear to me what, if any, is its legal effect. Indeed, since it lacks any enacting language, it is questionable whether it can be said to be a by-law at all.

Par l'intermédiaire du juge Anderson, la Cour divisionnaire a dit:

> [TRADUCTION] . . . je ne vois pas clairement quel est, le cas échéant, son effet juridique. En fait, puisqu'il ne comprend pas de dispositif on peut se demander s'il s'agit vraiment d'un règlement.

The Court then went on to quash by-law 6 "simply because it is not a by-law".

La Cour a ensuite annulé le règlement 6 [TRADUCTION] «tout simplement parce que ce n'est pas un règlement».

The Court of Appeal, after pointing out that s. 15 of *The Public Utilities Act*, R.S.O. 1970, c. 390, authorized a council on the application of a property owner to provide for the construction of water mains and to provide for the payment of the cost thereof, found that the by-law was a proper exercise by Council of one of its functions. The Court, speaking through Weatherston J.A., stated:

> It is apparent from the recitals in By-law No. 6 that the consent of council to the installation by Homex of a water line on Norman Street was given by Resolution only. I see nothing wrong in that Resolution being confirmed by the by-law to conform with the statute and, by registration of the by-law, to give notice to subsequent owner of the lots in the subdivision of the terms on which the consent of council was given. This is not a case of a mere assertion of facts, as was the case in *Rogers and Pyke v. The Township of North York et al.*, [1951] O.R. 79. Its real purpose is clear, and it ought not to be quashed merely because of imperfections in its form.

Après avoir fait remarquer que l'art. 15 de *The Public Utilities Act*, R.S.O. 1970, chap. 390, permettait au conseil, à la demande d'un propriétaire, de stipuler les conditions de construction de conduites d'eau principales et celles du paiement des coûts, la Cour d'appel a jugé que le règlement constituait l'exercice approprié d'une des fonctions du Conseil. Par l'intermédiaire du juge Weatherston, la Cour a dit:

> [TRADUCTION] Il se dégage du texte du règlement nº 6 que c'est par résolution seulement que le Conseil a consenti à l'installation par Homex d'une conduite d'eau principale rue Norman. Je ne vois rien de répréhensible à ce que, pour se conformer à la Loi, on confirme cette résolution par règlement ni à ce qu'en procédant à son enregistrement, on informe les propriétaires subséquents des lots de ce lotissement des conditions auxquelles le consentement du Conseil a été donné. Il ne s'agit pas d'un simple exposé de faits, comme dans l'affaire *Rogers and Pyke v. The Township of North York et al.*, [1951] O.R. 79. Son but réel est clair et il ne doit pas être annulé pour simples vices de forme.

I am in respectful agreement with the conclusion reached by the Court of Appeal, namely that there was no basis for the quashing of by-law 6. This result happens to coincide with the practice of the courts of Ontario where they have refrained from quashing by-laws which do no more than announce policy: *vide Re de Havilland Aircraft of Canada Ltd. and City of Toronto*[31].

One last point is raised regarding the form of this proceeding brought, as has been said, under *The Judicial Review Procedure Act, supra.* It was alleged that such relief as that sought here should be pursued under the quashing provisions found in ss. 283-5 of *The Municipal Act, supra.* The courts of Ontario have frequently considered this matter as for example *In Re Maurice Rollins Construction Ltd. and South Fredericksburg*[32]; *Serre et al. v. Town of Rayside-Balfour*[33]; *Re Holmes et al. and Regional Municipality of Halton*[34]; *Rose v. Township of West Wawanosh et al.*[35]; *Re Clements & Toronto*[36] and *Sutherland v. Municipal Council of The Township of East Nissouri*[37].

I am in respectful agreement with Cory J. in *Holmes, supra*, that both avenues, that is *The Municipal Act, supra*, and *The Judicial Review Procedure Act, supra*, are open and appropriate. In any case, there is nothing in *The Judicial Review Procedure Act, supra*, to indicate a legislative intent that it supercede or be subservient to *The Municipal Act, supra.* Therefore, the form of proceedings here is free from any deficiency in its statutory base.

I therefore would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Ritchie and Dickson JJ. were delivered by

DICKSON J.—Two by-laws were passed by the respondent municipality which directly and adversely affected lands owned by the appellant,

[31] (1980), 27 O.R. (2d) 721.
[32] (1975), 11 O.R. (2d) 418.
[33] (1975), 11 O.R. (2d) 779.
[34] (1977), 16 O.R. (2d) 263.
[35] (1890), 19 O.R. 294.
[36] [1960] 2 O.R. 18.
[37] (1853), 10 U.C.Q.B. 626.

Avec égards, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel, savoir que rien ne justifie l'annulation du règlement 6. Ce résultat correspond à la pratique des tribunaux ontariens qui s'abstiennent d'annuler des règlements qui ne constituent qu'un simple énoncé de politique: voir *Re de Havilland Aircraft of Canada Ltd. and City of Toronto*[31].

Il reste une dernière question relative à la forme de cette procédure introduite, je l'ai déjà dit, en vertu de *The Judicial Review Procedure Act*, précitée. On a prétendu que le redressement demandé en l'espèce aurait dû être fondé sur les dispositions d'annulation que l'on trouve aux art. 283 à 285 de *The Municipal Act*, précitée. Les tribunaux ontariens se sont souvent penchés sur cette question, par exemple dans *In Re Maurice Rollins Construction Ltd. and South Fredericksburg*[32]; *Serre et al. v. Town of Rayside-Balfour*[33]; *Re Holmes et al. and Regional Municipality of Halton*[34]; *Rose v. Township of West Wawanosh et al*[35]; *Re Clements & Toronto*[36] et *Sutherland v. Municipal Council of The Township of East Nissouri*[37].

Avec égards, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Cory dans l'arrêt *Holmes*, précité, que ces deux voies de recours, soit *The Municipal Act* et *The Judicial Review Procedure Act*, précitées, sont possibles et appropriées. Quoi qu'il en soit, rien dans *The Judicial Review Procedure Act*, précitée, n'indique que le législateur ait voulu que cette loi prévale ou qu'elle soit subordonnée à *The Municipal Act*, précitée. Donc, la forme des procédures en l'espèce n'est pas viciée dans son fondement juridique.

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

Version française des motifs des juges Ritchie et Dickson rendus par

LE JUGE DICKSON—La municipalité intimée a adopté deux règlements qui ont nui directement aux terrains appartenant à l'appelante, Homex

[31] (1980), 27 O.R. (2d) 721.
[32] (1975), 11 O.R. (2d) 418.
[33] (1975), 11 O.R. (2d) 779.
[34] (1977), 16 O.R. (2d) 263.
[35] (1890), 19 O.R. 294.
[36] [1960] 2 O.R. 18.
[37] (1853), 10 U.C.Q.B. 626.

Homex Realty and Development Company Limited. The by-laws were passed without prior notice and without affording Homex an opportunity to be heard. The question in this case is whether the by-laws are valid.

I

The controversy has its genesis in a fundamental disagreement between the respondent Village of Wyoming and Homex, a land developer, as to who will bear the cost of servicing a subdivision of some twenty-two acres of land.

On January 22, 1968, a subdivision agreement was entered into between the Village and one Atkinson, under the terms of which Atkinson was required to satisfy all the requirements of the Village, financial and otherwise, with respect to surfacing of roads, installation of services, and drainage. The subdivision agreement was not registered until some years later, on September 26, 1975. A plan of subdivision, however, was registered as plan No. 567 on March 26, 1968.

In January 1970, the appellant, Homex, acquired from Atkinson the lands included in plan No. 567. As required by the terms of the subdivision agreement, the consent of the Village was asked for, and given. Unfortunately for the Village, the form of consent did not embody therein an undertaking on the part of Homex to carry out the obligations of Atkinson, nor was Homex a party to the consent. Homex claims that all services necessary to develop the lots in the plan of subdivision were to be handled by Atkinson. Atkinson denies this. Though it is far from clear, resolution of this question is not here in issue. Nor is it necessary for this Court to decide whether Homex did, or did not, have notice of the existence or terms of the subdivision agreement at the time it purchased. *Vis à vis* the Village, Homex has taken the position that, as a stranger to the Village-Atkinson agreement, it is not bound thereby. The Village, on the other hand, is most unwilling to leave its ratepayers out of pocket for the substantial costs of servicing it feels Homex should bear. Protracted negotiations ensued between the

Realty and Development Company Limited. Les règlements ont été adoptés sans préavis et sans qu'on ait permis à Homex de se faire entendre. Il s'agit en l'espèce de décider si les règlements sont valides.

I

Le litige tire son origine d'un désaccord fondamental entre le village de Wyoming intimé et Homex, un promoteur immobilier, sur le point de savoir qui assumera les frais de l'installation des services d'utilité publique dans un lotissement d'environ vingt-deux acres.

Le 22 janvier 1968, une convention de lotissement a été signée entre le Village et un nommé Atkinson, aux termes de laquelle Atkinson devait satisfaire à toutes les exigences du Village, financières ou autres, relativement au revêtement des routes, à l'installation des services d'utilité publique et au drainage. La convention de lotissement n'a été enregistrée que quelques années plus tard, le 26 septembre 1975. Cependant, un plan de lotissement a été enregistré sous le n° 567 le 26 mars 1968.

En janvier 1970, l'appelante Homex a acheté à Atkinson les terrains faisant partie du plan n° 567. Conformément aux conditions de la convention de lotissement, les parties ont dû obtenir le consentement du Village. Malheureusement pour le Village, le texte du consentement ne comprend pas l'engagement d'Homex d'assumer les obligations d'Atkinson, et Homex n'était pas partie au consentement. Homex prétend que l'installation de tous les services nécessaires pour aménager les terrains du plan de lotissement devait être assurée par Atkinson. Atkinson le nie. Bien que ce soit loin d'être clair, cette question n'est pas en litige ici. Cette Cour n'a pas non plus à décider si Homex connaissait ou non l'existence ou les conditions de la convention de lotissement lorsqu'elle s'est portée acquéreur. Vis-à-vis du Village, Homex a adopté la position qu'étant étrangère à la convention intervenue entre le Village et Atkinson, elle n'est pas liée par celle-ci. Par ailleurs, le Village ne veut vraiment pas faire supporter par ses contribuables les lourds frais d'installation des services d'utilité publique qui devraient, à son avis, être assumés

Village and Homex in an attempt to reach agreement on the servicing but no accord was reached. The president of Homex, Norman C. Redick, has been somewhat intransigent throughout.

A draft plan of work prepared for Homex by a land surveyor was rejected by the Village in early 1975. A schedule of work prepared for Homex by professional engineers was later rejected. A draft servicing agreement, acceptable to the Village, was repudiated by Homex. In late 1975, Homex, with the permission of the Village, installed a water main to service some of the lots, but the Village shortly thereafter sought an injunction to halt work at the site claiming Homex had commenced construction of a road not authorized by the Village. The injunction application did not proceed. Nor did the road.

Without notice to or knowledge of Homex, the Village on December 29, 1975 passed by-law no. 6, which reads:

WHEREAS the Council of the Corporation of the Village of Wyoming was requested by Norman C. Redick to give him permission to install a water pipe line on Norman Street according to Registered Plan Number 567 in the Village of Wyoming from Superior Street to approximately the north limit of Lot 7 according to said Plan 567.

AND WHEREAS Norman C. Redick represented to the Council that the immediate installation of the said water pipe line by him would save him money in connection with the development of the land owned by Homex Realty and Development Company Limited in the said Plan of Subdivision and as a courtesy to him but without making any other commitments, the Council by resolution consented to the installation of the said pipe line but made no commitment as to when the said pipe line might be assumed or taken over by the Corporation or when it could be used for the supply of water.

NOW THEREFORE the Council of the Corporation of the Village of Wyoming enacts as follows:

1. The lands affected by this by-law are Lots 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, and Norman Street according to Registered Plan 567 in the said Village of Wyoming.

par Homex. Il s'en est suivi de longues négociations entre le Village et Homex afin de parvenir à une entente sur l'installation des services d'utilité publique, sans qu'ils parviennent à un accord. Le président d'Homex, Norman C. Redick, a été quelque peu intransigeant au cours de ces négociations.

Vers le début de 1975, le Village a rejeté un plan de travail préparé pour Homex par un arpenteur-géomètre. Plus tard, un programme des travaux préparé pour Homex par des ingénieurs a été rejeté. Un projet de convention sur l'installation des services d'utilité publique, auquel le Village aurait donné son approbation, a été répudié par Homex, Vers la fin de 1975, avec la permission du Village, Homex a installé une conduite d'eau principale pour desservir certains des lots mais, peu après, le Village a demandé une injonction pour faire cesser les travaux sur les lieux, prétendant qu'Homex avait commencé la construction d'une route sans son autorisation. On n'a pas donné suite à la demande d'injonction. La construction de la route a également été arrêtée.

A l'insu d'Homex et sans que celle-ci en reçoive avis, le Village a adopté le 29 décembre 1975 le règlement municipal nº 6 dont voici le texte:

[TRADUCTION]ATTENDU QUE Norman C. Redick a demandé au Conseil de la municipalité du village de Wyoming la permission d'installer une conduite d'eau rue Norman, suivant le plan enregistré numéro 567 dans le village de Wyoming depuis la rue Superior jusqu'aux abords de la limite nord du lot 7 conformément au plan nº 567.

ET ATTENDU QUE Norman C. Redick a fait valoir devant le Conseil que l'installation immédiate de la conduite d'eau lui permettrait de faire des économies sur la mise en valeur des terrains appartenant à Homex Realty and Development Company Limited dans le plan de lotissement et que, par mesure de courtoisie envers lui mais sans prendre d'autres engagements, le Conseil a consenti par résolution à l'installation de la conduite d'eau mais n'a pas dit à quel moment elle serait prise en charge par la municipalité ni à quel moment elle pourrait servir à l'aqueduc.

A CES CAUSES, le Conseil de la municipalité du village de Wyoming décrète ce qui suit:

1. Les terrains visés par le présent règlement sont les lots 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, et la rue Norman, conformément au plan enregistré nº 567 dans le village de Wyoming.

2. It is the policy of the Council of the Corporation of the Village of Wyoming that the said water pipe line in Norman Street from Superior Street to approximately the north limit of Lot 7 according to said Plan 567 shall not be assumed or taken over by the Corporation and no connection shall be permitted to be made to the said water pipe line and no water shall be supplied through the said water pipe line and the said water pipe line shall not form part of the municipal water supply system of the Village of Wyoming until authorized by a futher [sic] by-law of the Corporation of the Village of Wyoming.

All of the lots affected by the by-law and mentioned in paragraph 1 are owned by Homex, with the exception of lots 19 and 20.

On March 3, 1976 Homex wrote to the Village outlining the services Homex was willing to provide.

On March 23, 1976 the Village wrote Homex advising that the Village had always been and continued to be prepared to enter into an agreement with Homex concerning services. The letter outlined the requirements of the Village and concluded:

If you wish to proceed, please advise us and arrange for your Professional Engineers to submit their proposals for the development to the Village's Engineers for their examination and their report to the Council.

Without awaiting a response to the invitation to continue negotiations, the Village, on April 1, 1976, again without notice to Homex, passed by-law No. 7. The by-law was given three readings in one evening. It reads in part:

1. The parts of Registered Plan No. 567 for the County of Lambton in the Village of Wyoming described in Section 2 of this By-Law are hereby designated as parts which shall be deemed not to be a registered plan of subdivision for the purposes of sub-section 2 of Section 29 of The Planning Act.

The lots affected by-law No. 7 were the same as those affected by by-law No. 6. By-law No. 7 refers to, and was stated to be passed pursuant to, s. 29(3) of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349, which provides that the council of a municipality may by by-law designate any plan of subdivision, or part thereof, that has been registered for eight

2. C'est la politique du Conseil de la municipalité du village de Wyoming que la conduite d'eau rue Norman, depuis la rue Superior, jusqu'aux abords de la limite nord du lot 7, suivant le plan 567, ne soit pas prise en charge par la Municipalité et qu'aucun raccordement à la conduite d'eau ne soit autorisé, que cette conduite d'eau ne puisse servir à l'adduction d'eau et qu'elle ne fasse pas partie du réseau municipal d'aqueduc du village de Wyoming avant qu'un autre règlement de la municipalité du village de Wyoming ne l'autorise.

Homex est propriétaire de tous les lots visés par le règlement et mentionnés au paragraphe 1, à l'exception des lots 19 et 20.

Le 3 mars 1976, Homex a écrit au Village pour décrire brièvement les services d'utilité publique qu'elle était prête à installer.

Le 23 mars 1976, le Village a écrit à Homex l'informant qu'il avait toujours été et qu'il demeurait disposé à conclure une convention avec Homex concernant l'installation des services d'utilité publique. La lettre exposait les principales exigences du Village et concluait:

[TRADUCTION] Si vous désirez donner suite à vos projets, nous vous prions de nous en informer et de bien vouloir demander à vos ingénieurs de soumettre leurs propositions d'aménagement aux ingénieurs du Village afin qu'ils les étudient et fassent rapport au Conseil.

Le 1er avril 1976, sans attendre une réponse à l'invitation de poursuivre les négociations et sans donner d'avis à Homex, le Village a adopté le règlement nº 7. Le règlement a reçu trois lectures au cours de la même soirée. En voici un extrait:

[TRADUCTION] 1. Les parties du plan enregistré nº 567 pour le comté de Lambton dans le village de Wyoming décrites à l'article 2 du présent règlement sont par les présentes désignées comme des parties qui ne sont pas réputées un plan de lotissement enregistré aux fins du par. 29(2) de *The Planning Act*.

Les lots visés par le règlement nº 7 sont les mêmes que ceux visés par le règlement nº 6. Le règlement nº 7 renvoie au par. 29(3) de *The Planning Act*, R.S.O. 1970, chap. 349, lequel prévoit que le conseil d'une municipalité peut, par règlement, désigner un plan de lotissement ou une partie de celui-ci, qui est enregistré depuis au moins huit

years or more, which shall be deemed not to be a registered plan of subdivision for the purposes of s.29(2) of *The Planning Act*.

It will be recalled that the plan of subdivision had been registered on March 26, 1968. Thus, one week after the expiry of the eight years the Village moved, without notice to Homex, to deem the plan not to be a registered plan. The practical effect is to deny Homex the right to sell any of its lands unless a new plan is registered or a consent of the Committee of Adjustment of the municipality obtained for each conveyance. As no doubt intended, the Village has effectively frozen the property of Homex by passing the impugned by-laws. The lands have been seriously and adversely affected, both as to disposal and as to value. The hurried actions on the part of the Village, behind the back of Homex, taken with a view to providing the Village with a weapon with which to strike Homex in the servicing negotiations, could well be characterized as "shabby".

Homex commenced proceedings for judicial review. The Divisional Court quashed the by-laws. By-law No. 6 was invalid on the ground that it was not a by-law at all. Though there had been no bad faith giving rise to the enactment of by-law No. 7 it had been passed for an indirect or improper purpose. "Its purpose had nothing to do with planning which was the legislative area in which council purported to find its jurisdiction."

The Court of Appeal reversed. With respect to by-law No. 6, the Court found that the by-law was not merely a recitation of facts, as in *Rogers and Pyke v. The Township of North York et al.*[38] Its purpose was clear and it ought not to be quashed for imperfections in form. With respect to by-law No. 7, the Court found it was passed for a perfectly valid planning purpose, namely, to ensure that the costs of installing municipal services would be borne by the owners of the lots in the subdivision and not by the ratepayers in the municipality. The

[38] [1951] O.R. 79.

ans, de façon qu'il soit réputé ne pas être un plan enregistré de lotissement aux fins du par. 29(2) de *The Planning Act*, et c'est en vertu de ce paragraphe qu'il a été adopté.

Il faut se rappeler que le plan de lotissement avait été enregistré le 26 mars 1968. Ainsi, une semaine après l'expiration du délai de huit ans le Village a adopté un règlement, sans donner d'avis à Homex, pour que le plan soit réputé ne pas être un plan enregistré. Cela a eu comme effet pratique d'enlever à Homex le droit de vendre ses terrains à moins qu'un nouveau plan soit enregistré ou qu'elle obtienne le consentement du comité d'ajustement de la municipalité pour chaque aliénation. Tel qu'il l'a manifestement voulu, le Village a en fait gelé les terrains d'Homex en adoptant les règlements municipaux contestés. Cela a nui sérieusement à la vente des terrains et à leur valeur. Ces mesures prises par le Village à l'insu d'Homex et visant à lui fournir une arme contre cette dernière dans les négociations sur l'installation des services d'utilité publique, pourraient bien être qualifiées de «mesquines».

Homex a introduit une demande d'examen judiciaire. La Cour divisionnaire a annulé les règlements. Le règlement n° 6 a été jugé invalide pour le motif qu'il ne constituait pas du tout un règlement municipal. Malgré l'absence de mauvaise foi dans l'adoption du règlement n° 7, il a été adopté dans un but indirect ou inapproprié. [TRADUCTION] «Son but était tout à fait étranger à l'urbanisme, soit le domaine législatif sur lequel le Conseil prétend fonder son pouvoir.»

La Cour d'appel a infirmé ce jugement. Relativement au règlement n° 6, la Cour a jugé que le règlement n'était pas un simple énoncé de faits comme dans *Rogers and Pyke v. The Township of North York et al.*[38] Son but était clair et il ne devait pas être annulé pour vices de forme. Relativement au règlement n° 7, la Cour a jugé qu'il avait été adopté dans un but tout à fait valide d'urbanisme savoir, s'assurer que les frais d'installation des services municipaux seraient supportés par les propriétaires des lots du lotissement et non

[38] [1951] O.R. 79.

Court held that the Village had no duty to give prior notice to Homex before passing the by-law; the Council was exercising a legislative function when it enacted the by-law, and the over-riding consideration was the public interest of the citizens of Wyoming. This was not a case such as *Wiswell v. Greater Winnipeg*[39] in which a municipal council was merely adjudicating on the merits of competing private interests.

In the result, the Court of Appeal upheld the validity of the by-laws and set aside the order of the Divisional Court.

II

There is, of course, a long line of authority which establishes that before a public body can limit or abrogate the property rights of citizens, it must first give the individuals concerned an opportunity to be heard. This principle, of universal application, was established in the case of *Cooper v. Wandsworth Board of Works*[40]. Nor is it necessary for the legislature to provide explicitly for a hearing for a court to imply such right. On the contrary, where statutory bodies seek to limit property rights, the courts will imply a right to be heard unless there is an express declaration to the contrary: *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des Relations ouvrières de la province de Québec et al.*[41] at p. 154. As Kerwin J., as he then was, noted in that case, the legislature must be presumed to know that notice is required by the general rule. And it is therefore necessary for it to use explicit terms in order to absolve from the necessity of giving notice. See also *Re Watt and Registrar of Motor Vehicles*[42].

Courts have on numerous occasions applied these principles to the case of a municipal corporation. See *In Re Maurice Rollins Construction Ltd.*

[39] [1965] S.C.R. 512.
[40] (1863), 14 C.B. (N.S.) 180.
[41] [1953] 2 S.C.R. 140.
[42] (1957), 13 D.L.R. (2d) 124 (Man. Q.B.)

par les contribuables de la municipalité. La Cour a jugé que le Village n'avait aucune obligation de donner un préavis à Homex avant d'adopter le règlement; le Conseil exerçait une fonction législative lorsqu'il l'a adopté et la considération dominante était l'intérêt public des citoyens de Wyoming. Ceci distingue cette affaire de l'affaire *Wiswell c. Greater Winnipeg*[39], où le conseil municipal ne faisait que décider sur le fond d'intérêts privés opposés.

Finalement, la Cour d'appel a maintenu la validité des règlements et a annulé l'ordonnance de la Cour divisionnaire.

II

Bien sûr, une longue tradition jurisprudentielle établit qu'avant qu'un organisme public puisse limiter ou révoquer les droits de propriété des citoyens, il doit d'abord donner aux personnes concernées la possibilité de se faire entendre. Ce principe, d'application universelle, a été établi dans l'arrêt *Cooper v. Wandsworth Board of Works*[40]. Il n'est pas non plus nécessaire que le législateur prévoie expressément une audition pour qu'un tribunal reconnaisse implicitement ce droit. Au contraire, lorsque des organismes créés par la loi cherchent à limiter des droits de propriété, les tribunaux reconnaîtront le droit d'être entendu à moins d'une déclaration expresse en sens contraire: *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des Relations ouvrières de la province de Québec et al.*[41] à la p. 154. Comme le juge Kerwin, alors juge puîné, l'a fait remarquer dans cet arrêt, il faut présumer que le législateur sait qu'en règle générale un avis est requis. Il devient donc nécessaire d'employer des mots explicites pour écarter la nécessité de donner un avis. Voir également *Re Watt and Registrar of Motor Vehicles*[42].

Les tribunaux ont appliqué à maintes reprises ces principes à une municipalité. Voir *In Re Maurice Rollins Construction Ltd. and Township of*

[39] [1965] R.C.S. 512.
[40] (1863), 14 C.B.(N.S.) 180.
[41] [1953] 2 R.C.S. 140.
[42] (1957), 13 D.L.R. (2d) 124 (B.R. Man.)

and Township of South Fredericksburgh[43]; *Re Zadrevec and Town of Brampton*[44]; *Re Hershoran and City of Windsor et al.*[45]; *Re Anzil Construction Ltd. et al. and Township of West Gwillimbury et al.*[46]; *Re Multi-Malls Inc. and Attorney-General for Ontario et al.*[47]

Where the by-laws in question directly affect the land or property of specified individuals, the courts have implied a common law right to be heard. In the present case, the Village passed two by-laws which directly and detrimentally affected the lands of Homex and, virtually, only the lands of Homex. It did so without serving any notice of its intentions. One would have thought, on the basis of the authorities, that this was a classical case in which to import rules of natural justice.

The Village advances several arguments in justification of its failure to give notice and to grant a hearing. These include: (i) the common law right to be heard, if it exists, has been statutorily excluded by s. 29(11) of *The Planning Act*; (ii) in passing the by-laws, the municipality was exercising a legislative function, to which no common law right to be heard applied; and (iii) even if a common law right of fairness does apply here, the municipality has statisfied the onus placed upon it.

Statutory Exclusion of a Hearing

The combined effect of s. 29(9) and s. 29(11) of *The Planning Act* is that a by-law passed under s. 29(3) of the Act is not effective until notice of the by-law has been sent to each owner of land to which the by-law applies. Section 29(11) reads:

(11) The clerk of the municipality shall send by registered mail notice of the passing of a by-law under subsection 3 to each person appearing ... to be the owner of land to which the by-law applies ...

[43] (1975), 11 O.R. (2d) 418.
[44] [1972] 3 O.R. 514, reversed [1973] 3 O.R. (2d) 498.
[45] (1973), 1 O.R. (2d) 291, affirmed (1974), 3 O.R. (2d) 423*n*.
[46] [1971] 2 O.R. 713.
[47] (1974), 5 O.R. (2d) 248.

South Fredericksburgh[43]; *Re Zadrevec and Town of Brampton*[44]; *Re Hershoran and City of Windsor et al.*[45]; *Re Anzil Construction Ltd. et al. and Township of West Gwillimbury et al.*[46]; *Re Multi-Malls Inc. and Attorney-General for Ontario et al.*[47]

Lorsque les règlements en question nuisent directement aux biens-fonds ou à la propriété de personnes en particulier, les tribunaux ont reconnu implicitement l'existence du droit d'être entendu en *common law*. En l'espèce, le Village a adopté deux règlements qui nuisent directement aux terrains d'Homex et ne visent pratiquement que ses terrains. Il a agi ainsi sans signifier d'avis de son intention. Compte tenu de la jurisprudence, on aurait cru qu'il s'agissait là d'un exemple typique où il faut appliquer les règles de justice naturelle.

Le Village avance plusieurs arguments à l'appui de son défaut de donner un avis et d'accorder une audition dont les suivants: (i) si le droit d'être entendu reconnu par la *common law* existe, il a été exclu par le par. 29(11) de *The Planning Act*; (ii) en adoptant des règlements, la municipalité exerçait une fonction législative à laquelle le droit d'être entendu reconnu par la *common law* ne s'applique pas; et (iii) même si le droit à l'impartialité reconnu par la *common law* s'applique ici, la municipalité s'est bien acquittée de l'obligation qui lui incombait.

L'exclusion de l'audition prévue par la Loi

La combinaison des par. 29(9) et 29(11) de *The Planning Act* a pour effet qu'un règlement adopté en vertu du par. 29(3) de la Loi n'est pas en vigueur tant qu'un avis du règlement n'a pas été envoyé à chaque propriétaire de bien-fonds auquel s'applique le règlement. Voici le texte du par. 29(11):

[TRADUCTION] (11) Le secrétaire de la municipalité doit envoyer par courrier recommandé avis de l'adoption d'un règlement en vertu du paragraphe (3) à chaque personne que le dernier rôle ... désigne comme propriétaire du bien-fonds auquel s'applique le règlement ...

[43] (1975), 11 O.R. (2d) 418.
[44] [1972] 3 O.R. 514, infirmé par [1973] 3 O.R. 498.
[45] (1973), 1 O.R. (2d) 291 confirmé par (1974), 3 O.R. (2d) 423*n*.
[46] [1971] 2 O.R. 713.
[47] (1914), 5 O.R. (2d) 248.

It is contended by the Village that the legislature considered and rejected, impliedly, a requirement of prior notice. The argument is that the requirement of notification after passage of the by-law precludes by implication, any further requirement of prior notice. This argument was accepted by the Court of Appeal. With great respect, I cannot accept it, in light of the consistent line of high authority which holds that an express statutory statement is required before a common law right to a hearing can be excluded. Much more explicit language than that contained in s. 29(11) would be required before the Court could negate the right to a hearing. Section 29(11) does not provide for a hearing, it is merely *ex post facto* advice as to action taken.

The view that s. 29(11) does not exclude prior notice and a hearing was adopted by Thompson J. in the *Rollins* case and I am content to repeat what was said in that case:

> It is contended ... that because s-s. (11) of s. 29 ... provides that notice of the passing of the by-law must subsequently be given to all owners of land ... that the intent of the statute is that prior notice need not be given. I am unable to accede to that contention. That is an entirely different notice which can in no way affect or alter the finality of the by-law as passed. The subsequent notice ... was given ... It was then too late for it to make representations or to be heard as the by-law had then become effective. (at p. 431)

The section 29(11) argument is not persuasive.

A "Legislative" Function?

In the Court of Appeal, emphasis was placed on the 'legislative' character of the acts performed by the Village of Wyoming in this case. It was on this basis that the present facts were distinguished from the case of *Wiswell, supra*. In *Wiswell*, the municipality was essentially dealing with a dispute between one Ginsburg, who wanted certain zoning requirements altered for his benefit, and those other residents of the district who wanted the zoning restrictions to continue unchanged. As such, the municipality in *Wiswell* was said to be acting in a judicial or quasi-judicial capacity. The Court of Appeal held that in the present case, the

Le Village prétend que le législateur a envisagé et implicitement rejeté l'exigence d'un préavis. Il fait valoir que l'exigence d'un avis après l'adoption du règlement écarte implicitement toute autre exigence d'un préavis. La Cour d'appel a accepté cet argument. Avec égards, je ne peux l'accepter compte tenu de la jurisprudence uniforme et importante selon laquelle une déclaration expresse de la loi est nécessaire avant qu'un droit d'audition reconnu par la *common law* puisse être exclu. Il faudrait un texte beaucoup plus précis que celui du par. 29(11) pour que la Cour puisse nier le droit à une audition. Le paragraphe 29(11) ne prévoit pas une audition, mais seulement un avis *ex post facto* de la mesure prise.

L'opinion que le par. 29(11) n'exclut pas un préavis et une audition a été adoptée par le juge Thompson dans l'affaire *Rollins* et il me suffit de répéter ce qu'il y dit:

> [TRADUCTION] On prétend ... que l'intention de la loi est qu'il n'est pas nécessaire de donner avis puisque le par. 29(11) prévoit que l'avis de l'adoption d'un règlement doit être subséquemment donné à tous les propriétaires de bien-fonds. Je ne peux accepter cette prétention. Il s'agit là d'un avis tout à fait différent qui ne peut en aucune façon modifier la finalité du règlement adopté. L'avis subséquent .. a été donné ... Il était alors trop tard pour présenter des observations ou être entendu puisque le règlement était entré en vigueur. (à la p. 431)

L'argument fondé sur le par. 29(11) n'est pas convaincant.

Une fonction «législative»?

En Cour d'appel, on a insisté sur le caractère «législatif» des actes accomplis par le village de Wyoming en l'espèce. C'est sur ce fondement qu'on a distingué les faits de l'espèce de ceux de l'affaire *Wiswell*, précitée. Dans cette affaire-là, la municipalité voulait principalement régler un litige opposant un nommé Ginsburg, qui désirait faire modifier à son avantage certaines exigences de zonage, et certains autres habitants du district qui désiraient leur maintien. Ainsi, dans l'affaire *Wiswell*, on a déclaré que la municipalité exerçait des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires. La Cour d'appel a jugé qu'en l'espèce le litige est de nature

nature of the dispute is different; the municipality is dealing with a matter of public interest—namely, who would bear the cost of servicing; the function is legislative in nature and no right to a hearing can be implied.

I find myself unable to accept the Court's exegesis.

First, the distinction sought to be made here is that there is no conflict between the competing interests of private individuals, but a question of public interest, pure and simple. That being so, the Village exercised a legislative function in passing by-laws No. 6 and 7. A sale of unserviced lands puts the burden of development on the municipality, which is entitled to prevent that result by enactment of a s. 29(3) by-law.

As counsel for the appellant correctly points out, this reasoning leads to anomalous results. Thus if there were two identical by-laws, each affecting only one particular piece of property, and one by-law was opposed by other private individuals or groups but the other was not, only one of the two owners would be entitled to a hearing.

The right to a hearing does not spring from the fact that there are competing groups or individuals, some of whom happen to be opposed to the by-law. It results from the fact that the by-law interferes, in particular, with the private property rights of this one owner.

Counsel for Homex stresses, rightly in my view, the thrust of the *Wiswell* decision, which is that those potentially affected in their property rights by a proposed by-law concerning particular property, are entitled to notice of the hearing. If in *Wiswell*, ratepayers opposing the re-zoning were to be given notice and a hearing, *a fortiori* property owners should not have their rights tampered with, with no notice given, whether or not there is another private interest in opposition to the by-law.

différente; la municipalité doit se pencher sur une question d'intérêt public—savoir, qui supportera les frais d'installation de services d'utilité publique; il s'agit d'une fonction de nature législative et on ne peut reconnaître l'existence d'un droit implicite à une audition.

Je suis incapable d'accepter l'exégèse de la Cour.

Tout d'abord, la distinction que l'on a voulu faire ici est qu'en l'espèce aucun conflit n'oppose des intérêts privés, mais qu'il s'agit d'une question pure et simple d'intérêt public. Ceci étant, le Village a exercé une fonction législative en adoptant les règlements nos 6 et 7. La vente de terrains non viabilisés impose le fardeau de l'installation des services à la municipalité qui est en droit d'éviter cette charge en adoptant un règlement aux termes du par. 29(3).

Comme l'avocat de l'appelante l'a correctement fait remarquer, ce raisonnement amène des résultats étranges. Ainsi, s'il y avait deux règlements identiques, chacun ne visant qu'un terrain particulier, et que l'un de ces règlements soit contesté par une personne ou un groupe de personnes alors que l'autre ne le soit pas, un seul des deux propriétaires aurait droit à une audition.

Le droit à une audition ne découle pas du fait qu'il y a des personnes ou des groupes de personnes opposés dont certains contestent le règlement. Il découle du fait que le règlement porte atteinte de façon particulière aux droits de propriété appartenant à ce propriétaire.

L'avocat d'Homex souligne, correctement à mon avis, l'effet de l'arrêt *Wiswell*, savoir que les personnes dont les droits de propriété peuvent être atteints par un règlement envisagé visant des biens en particulier ont le droit de recevoir un avis d'audition. Si dans l'affaire *Wiswell* les contribuables qui s'opposaient au nouveau zonage avaient droit à un avis et à une audition, *a fortiori* les propriétaires de biens-fonds ne devraient pas voir leurs droits amoindris sans recevoir d'avis, qu'il y ait ou non d'autres intérêts privés qui contestent le règlement.

For my own part, I see no reason why the *Wiswell* principle should be restrictively interpreted, or why it should not be applied in this case. The entitlement to notice and a hearing should not depend on there being a conflict between two private owners, which the municipality has to resolve. There were no competing interests in *Ridge v. Baldwin and others*[48]. The question was whether a policeman should be dismissed. See also *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et al.*[49]

Second, the presence of a compelling public interest does not alone abrogate or diminish a citizen's right to procedural protection. The private property interests of Homex were here at stake. The public interest, it seems to me, is best served by affording the private interest full disclosure and a fair opportunity to be heard. There is no *a priori* reason why the private interest should yield abjectly to the public interest. The Village could undoubtedly pass a by-law such as No. 7 if it is in the public interest but, prior to deciding in favour of the public interest, the Council should hear the landowner's submissions. One cannot label an act "legislative" for the purpose of dispensing with fairness. A by-law may, in the public interest, operate to the detriment of particular individuals but not without giving those individuals a right of hearing.

It was contended that if prior notice is required a sophisticated owner receiving such notice would immediately "checkerboard" and thereby defeat the intent of the section. That may be true but, if so, it is an argument which should be addressed to the legislature accompanied by a request for an amendment which would specifically state that prior notice is not necessary.

Finally on this point, a requirement of both prior notice and subsequent notice does not introduce an element of redundancy. The earlier notice would permit representations by those affected and wishing to protest; the later notice would acquaint those who did not make represen-

[48] [1964] A.C. 40.
[49] [1979] 1 S.C.R. 311.

Personnellement, je ne vois pas pourquoi le principe énoncé dans l'arrêt *Wiswell* devrait être interprété restrictivement, ou pourquoi il ne s'appliquerait pas en l'espèce. Le droit à un avis et à une audition ne devrait pas dépendre de l'existence d'un conflit entre deux propriétaires privés, que la municipalité doit résoudre. Il n'y avait pas d'intérêts opposés dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin and others*[48]. Il s'agissait de savoir si un policier devait être congédié. Voir également l'arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et autre*[49].

Deuxièmement, la présence d'un intérêt public impérieux n'abroge ni ne diminue en lui-même le droit d'un citoyen à la protection qu'offre la procédure. Les intérêts privés d'Homex sur ses propriétés étaient en jeu. Il me semble que l'intérêt public est mieux servi si les intérêts privés bénéficient d'une divulgation complète et d'une possibilité raisonnable d'être entendus. Il n'y a aucune raison *a priori* pour que l'intérêt privé cède servilement à l'intérêt public. Le Village pouvait sans aucun doute adopter un règlement tel le règlement nº 7 dans l'intérêt public, mais avant d'opter en faveur de l'intérêt public, le Conseil devait entendre les arguments du propriétaire des biens-fonds. On ne peut qualifier un acte de «législatif» pour se dispenser d'agir équitablement. Un règlement peut, dans l'intérêt public, s'appliquer au détriment de personnes en particulier, mais non sans leur avoir accordé la possibilité de se faire entendre.

On a prétendu que si un préavis était nécessaire, un propriétaire rusé qui reçoit un tel avis pourrait immédiatement «morceler en damier» et faire ainsi échec à l'intention de l'article. Cela peut être vrai mais, si c'est le cas, c'est un argument qu'il faudrait présenter au législateur accompagné d'une demande de modification qui disposerait avec précision qu'un préavis n'est pas nécessaire.

Finalement sur cette question, l'exigence d'un préavis et d'un avis subséquent n'introduit rien de répétitif. Le préavis permettrait aux personnes visées qui désirent s'opposer, de se faire entendre; l'avis subséquent informerait celles qui ne se sont pas opposées, de même que celles qui se sont

[48] [1964] A.C. 40.
[49] [1979] 1 R.C.S. 311.

tations, as well as those who did, with the fact that action had been taken affecting their lands.

Third, the question of the proper classification of a statutory power was, for a time, believed to be crucial in the determination of whether a right to a hearing could be implied. It was suggested that a right to a hearing only existed in circumstances where the process was judicial or quasi-judicial in nature: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*[50]. But this line of authority was rejected in England in *Ridge v. Baldwin, supra,* and, more recently, by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et al., supra,* and in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*[51]. The latter two cases clearly establish that a right to procedural 'fairness' no longer demands an *a priori* classification of a process as judicial or quasi-judicial. As the Chief Justice stated in *Nicholson:*

> What rightly lies behind this emergence is the realization that the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least; and to endow some with procedural protection while denying others any at all would work injustice when the results of statutory decisions raise the same serious consequences for those adversely affected, regardless of the classification of the function in question: see, generally, Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L.J. 281. (at p. 325).

In *Martineau*, it was said that review by *certiorari* was available whenever a public body has power to decide "any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberties of any person" (at p. 628). Once it is clear that rights are being affected, it is necessary to determine the appropriate procedural standard that must be met by the statutory body. Above all, flexibility is required in this analysis. There is, as it were, a spectrum. A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual little or no procedural protection. See *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of*

[50] [1951] A.C. 66 (P.C.)
[51] [1980] 1 S.C.R. 602; (1979), 30 N.R. 119.

opposées, du fait qu'une mesure a été prise concernant leurs biens-fonds.

Troisièmement, on a cru un certain temps que la question de la classification appropriée d'un pouvoir accordé par la Loi était cruciale pour déterminer s'il y avait un droit implicite à une audition. On a prétendu que le droit à une audition n'existait que dans des circonstances où les fonctions étaient de nature judiciaire ou quasi judiciaire: *Nakkuda Ali v. Jayaratne*[50]. Mais cette tendance jurisprudentielle a été rejetée en Angleterre dans l'arrêt *Ridge v. Baldwin*, précité, et, plus récemment, par cette Cour dans les arrêts *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et autre*, précité, et *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*[51]. Les deux derniers arrêts établissent clairement que le droit à une procédure «équitable» ne dépend plus de la répartition préalable des fonctions dans les catégories judiciaires ou quasi judiciaires. Comme l'a déclaré le Juge en chef dans l'arrêt *Nicholson*:

> L'apparition de cette notion résulte de la constatation qu'il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraînent les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question. Voir Mullan, *Fairness: The New Natural Justice* (1975), 25 Univ. of Tor. L. J. 281. (à la p. 325)

Dans l'arrêt *Martineau*, cette Cour a conclu qu'un examen par *certiorari* peut être demandé lorsqu'un organisme public a le pouvoir de décider «une question qui touche les droits, intérêts, biens, privilèges ou liberté d'une personne» (à la p. 628). Dès qu'il est évident qu'il y a atteinte aux droits, il devient nécessaire d'établir la norme de procédure appropriée que doit respecter l'organisme créé par la Loi. Il faut avant tout faire preuve de souplesse dans cette analyse. Il y a, comme toujours, tout un éventail. Classiquement, une décision purement ministérielle fondée sur l'intérêt public n'assurera au particulier qu'une faible protection au moyen

[50] [1951] A.C. 66 (C.P.)
[51] [1980] 1 R.C.S. 602; (1979), 30 N.R. 119.

Ontario et al.[52] On the other hand, a function that approaches the judicial end of the spectrum will entail substantial procedural safeguards, particularly when personal or property rights are targetted, directly, adversely and specifically.

It seems to me that a similar analysis should be employed in the present case. That is, it is not particularly important whether the function of the municipality be classified as "legislative" or as "quasi-judicial". Such an approach would only return us to the conundrums of an earlier era. One must look to the nature of the function and to the facts of each case. I would adopt what was said by Judson J. in the *Wiswell* case. Although Judson J. dissented in *Wiswell*, being of opinion that adequate notice had been given, he did say:

> I do not think that it helps one towards a solution of this case to put a label on the form of activity in which the Metropolitan Council was engaged when it passed this amending by-law. Counsel for the municipality wants to call it legislative and from that he argues that they could act without notice. The majority of the judges prefer the term quasi-judicial. However one may characterize the function, it was one which involved private rights in addition to those of the applicant and I prefer to say that the municipality could not act without notice to those affected. (My emphasis.) (at p. 526)

The Court of Appeal noted that the municipality was acting out of what it conceived to be the public interest. I have no doubt this is true. Council was seeking to protect members of the public from potential injury in the purchase of unserviced land and to protect its ratepayers from paying the costs of servicing. But that is no answer to the case made by the appellant. What we have here is not a by-law of wide and general application which was to apply to all citizens of the municipality equally. Rather, it was a by-law aimed deliberately at limiting the rights of one individual, the appellant Homex. In these circumstances, I would hold that Homex was entitled to some procedural safeguards. This does not mean that the municipality

[52] (1978), 20 O.R. (2d) 541 (Ont. Div. Ct.)

de la procédure sinon aucune. Voir *Re Braeside Farms Ltd. et al. and Treasurer of Ontario et al.*[52] Par ailleurs, une fonction qui s'approche de l'extrémité judiciaire de l'éventail comportera une protection importante au moyen de la procédure, en particulier lorsque des droits personnels ou des droits de propriété sont visés de façon directe, défavorable et précise.

Il me semble qu'il faut recourir à une analyse analogue en l'espèce. C'est-à-dire qu'il n'est pas particulièrement important de savoir si les fonctions de la municipalité doivent être qualifiées de «législatives» ou «quasi judiciaires». Une telle méthode nous reporterait simplement aux énigmes passées. Il faut considérer la nature de la fonction et les faits de chaque cas. Je suis d'avis d'adopter l'opinion du juge Judson dans *Wiswell*. Malgré sa dissidence dans cette affaire, puisqu'il était d'opinion qu'un avis suffisant avait été donné, le juge Judson a dit:

> [TRADUCTION] Je ne pense pas que l'on fasse un pas vers la solution de ce litige en étiquetant la forme d'activité à laquelle se livrait le conseil municipal lorsqu'il a adopté ce règlement modificatif. L'avocat de la municipalité déclare qu'il s'agit d'une fonction législative et qu'il n'était donc pas nécessaire de donner un avis pour agir. La majorité des juges préfère l'expression quasi judiciaire. Quelle que soit la qualification de la fonction, elle mettait en jeu des droits privés en plus de ceux du requérant et je préfère dire que la municipalité ne pouvait agir sans donner d'avis aux personnes touchées. (C'est moi qui souligne.) (à la p. 526)

La Cour d'appel a fait remarquer que la municipalité agissait dans un but qu'elle estimait d'intérêt public. Je n'ai aucun doute que cela soit vrai. Le Conseil essayait de protéger des membres du public d'un préjudice possible lors de l'achat d'un terrain non viabilisé et de protéger ses contribuables des frais d'installation des services d'utilité publique. Mais cela ne répond pas aux arguments présentés par l'appelante. Il ne s'agit pas d'un règlement général devant s'appliquer à tous les citoyens de la municipalité au même titre. Il s'agit plutôt d'un règlement visant délibérément à limiter les droits d'une seule personne, l'appelante Homex. Dans ces circonstances, je suis d'avis qu'Homex avait le droit de bénéficier de la protection qu'offre

[52] (1978), 20 O.R. (2d) 541 (C. Div. Ont.)

was under a duty to observe the procedures appropriate to a court of law. But, at a minimum, it was under a duty to give Homex notice of the proposed by-law and the opportunity to be heard. The 'fundamental rule', formulated by Lord Denning in *Selvarajan v. Race Relations Board*[53], and quoted by the Chief Justice in *Nicholson, supra*, applies.

> ... that, if a person may be subjected to pains or penalties, or be exposed to prosecution or proceedings, or deprived of remedies or redress, or in some way adversely affected by the investigation and report, then he should be told the case made against him and be afforded a fair opportunity of answering it. (at p. 19).

Has the Onus Been Satisfied?

Counsel for the Village argued that, even assuming Homex to be entitled to some procedural safeguards, the Village had not violated these safeguards. It is contended that the two parties had conducted extensive negotiations on the issue over a period of years; that the Village was well aware of the position of Homex and there was no suggestion that Homex would have any further representations to make had it received notice. The key passage in the judgment of the Court of Appeal reads:

> But even though By-Law No. 7 operated to the special detriment of Homex, it was not unfair of the council to enact it without first giving notice and hearing what Homex had to say. From the negotiations which had taken place, the council already knew of the position being taken by Homex, and Homex knew of the attitude of the council. The intervention of the Court ought not to be called on to quash the by-law on this ground. The public interest, on the facts of this case, very obviously called for its enactment.

With all respect, I disagree.

There were indeed prolonged negotiations but at no time during the course of these negotiations did the Village ever indicate to Homex its intention to enact the impugned by-laws. Homex had no notice whatever of the by-laws. I fail to see how the negotiations can be said to have satisfied the onus placed on the Village. The prior negotiations did not result in waiver of notice.

[53] [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.)

la procédure. Cela ne signifie pas que la municipalité avait l'obligation de respecter la procédure d'un tribunal. Mais, à tout le moins, elle avait l'obligation de donner à Homex un avis du règlement envisagé et de lui accorder la possibilité de se faire entendre. La «règle fondamentale» formulée par lord Denning dans l'arrêt *Selvarajan v. Race Relations Board*[53], et citée par le Juge en chef dans l'arrêt *Nicholson*, précité, s'applique:

> [TRADUCTION] ... dès qu'on peut infliger des peines ou sanctions à une personne ou qu'on peut la poursuivre ou la priver de recours, de redressement ou lui faire subir de toute autre manière un préjudice en raison de l'enquête et du rapport, il faut l'informer de la nature de la plainte et lui permettre d'y répondre. (à la p. 19)

L'obligation a-t-elle été respectée?

L'avocat du Village prétend que même si l'on tient pour acquis qu'Homex avait le droit de bénéficier de la protection qu'offre la procédure, le Village ne l'en a pas privée. Il allègue que les deux parties ont mené de longues négociations sur cette question pendant plusieurs années; que le Village était bien conscient de la position d'Homex et que rien ne laissait croire qu'Homex aurait eu d'autres observations à faire si elle avait reçu un avis. Le passage-clé de l'arrêt de la Cour d'appel se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Même si le règlement nº 7 était particulièrement défavorable à Homex, le conseil n'a pas été injuste en l'adoptant sans lui donner de préavis ni lui accorder la possibilité de se faire entendre. Suite aux négociations, le Conseil connaissait déjà la position d'Homex et Homex connaissait l'attitude du conseil. On ne devrait pas faire intervenir la Cour pour casser le règlement sur ce moyen. Selon les faits de l'espèce, l'intérêt public exigeait manifestement son adoption.

Avec égards, je ne peux partager cette opinion.

Il y a effectivement eu de longues négociations mais jamais pendant leur déroulement le Village n'a laissé entendre à Homex qu'il avait l'intention d'adopter les règlements contestés. Homex n'a reçu aucun avis des règlements. Je ne vois pas comment l'on peut dire que les négociations ont permis au Village de satisfaire à son obligation. Les négociations antérieures n'ont pas entraîné une renonciation à l'avis.

[53] [1976] 1 All E.R. 12 (C.A.)

Moreover, the argument that Homex would have had no further representations to make is pure speculation. The Court should not be put in the position of having to speculate as to the possible success a person might have enjoyed had he or she, in fact, received notice.

In my view, *in fine*, the Village was under a common law duty to give notice to Homex before passing by-laws aimed directly at the land of Homex. The common law duty has not been explicitly excluded by *The Planning Act* and I would hold that the respondent has not satisfied the notice requirement through prior negotiations. Accordingly, I would hold that the by-laws are void.

In light of the foregoing, it is not necessary to pronounce on the other grounds of appeal raised by Homex. In particular, it is not necessary to decide whether by-law No. 7 was invalid as having been passed for an indirect or improper purpose, as the Divisional Court held, or to decide whether by-law No. 6 was invalid due to an alleged lack of enacting language.

Two points in closing. First, the question of whether Mr. Redick knew of the terms of the Atkinson agreement at the time of purchase was not the subject of argument in this Court. Neither factum saw this question as being relevant to the issues at bar. In the Divisional Court only passing reference was made to the agreement. Anderson J., for the Court, said:

> There appears to be some dispute as to whether the applicant did or did not have notice of the existence and terms of the subdivision agreement at the time it purchased. There is reference to it in the offer to purchase. In my view nothing turns on this in any event.

Second, the respondent did not in this Court, nor, apparently, in the Court of Appeal, take the technical point that the conduct of the appellant was such as to disentitle the appellant to relief by way of *certiorari*. The appellant was not called upon to face this issue in either Court. I would not deny relief on a ground not raised nor argued.

De plus, l'argument selon lequel Homex n'aurait eu aucune autre observation à faire n'est que pure spéculation. La Cour ne devrait pas avoir à se prononcer sur les chances de succès possible qu'une personne aurait pu avoir si elle avait effectivement reçu un avis.

Enfin il incombait au Village de par la *common law* de donner un avis à Homex avant d'adopter des règlements qui visaient directement les terrains en cause. L'obligation de *common law* n'a pas été expressément exclue par *The Planning Act* et je suis d'avis que l'intimée n'a pas satisfait à l'obligation de donner un préavis par les négociations antérieures. Par conséquent je suis d'avis que les règlements sont nuls.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres moyens invoqués par Homex. En particulier, il n'est pas nécessaire de décider si le règlement n° 7 est invalide parce qu'il aurait été adopté dans un but indirect ou irrégulier, comme l'a jugé la Cour divisionnaire, ni de décider si le règlement n° 6 était invalide puisqu'il ne comportait pas de dispositif.

Mentionnons deux points avant de terminer. Tout d'abord, la question de savoir si M. Redick connaissait les dispositions de la convention Atkinson au moment de l'achat n'a pas été plaidée devant cette Cour. Aucun des mémoires ne fait valoir que cette question est pertinente aux points en litige. Devant la Cour divisionnaire on a simplement mentionné la convention. Le juge Anderson, qui a exprimé l'opinion de la Cour, a dit:

> [TRADUCTION] Il paraît y avoir conflit quant à savoir si le requérant connaissait l'existence de la convention de lotissement au moment de l'achat et sa teneur. Elle est mentionnée dans l'offre d'achat. A mon avis, quoi qu'il en soit, rien ne dépend de cette question.

Deuxièmement, ni devant cette Cour ni apparemment devant la Cour d'appel, l'intimée n'a fait valoir la question procédurale de savoir si la conduite de l'appelante l'empêchait de demander un redressement par *certiorari*. L'appelante n'a eu à plaider cette question dans aucune de ces cours. Je ne refuserais pas un redressement sur un moyen qui n'a été ni soulevé ni plaidé.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Ontario and restore the judgment of the Divisional Court with costs to the appellant in all courts.

Appeal dismissed with costs, RITCHIE *and* DICKSON JJ. *dissenting.*

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

Solicitor for the appellant, respondent: Lyle F. Curran, Sarnia.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir le jugement de la Cour divisionnaire avec dépens à l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges RITCHIE *et* DICKSON *étant dissidents.*

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

Procureur de l'appelante, intimée: Lyle F. Curran, Sarnia.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Terry Francis Burdick *Respondent.*

1980: March 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTATIO

Appeal — Appeal quashed as having been abandoned — No supportable application by appellant for an order otherwise — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

Criminal law — Accused charged with murder — Circumstantial evidence — Directions to jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing an appeal from conviction.

David Watt, for the appellant.

Robert C. Carter, Q.C., and *Alec Fiszauf*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Appeal quashed as an abandoned appeal under *Criminal Code*, s. 623(2), the Crown appellant having been invited to apply for an order otherwise and being unable to make a supportable application.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: David Watt, Toronto.

Solicitors for the respondent: Carter & Powell, Toronto.

[1] (1975), 27 C.C.C. (2d) 497.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Terry Francis Burdick *Intimé.*

1980: 20 mars.

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

Appel — Appel annulé comme ayant été abandonné — Aucune demande défendable de l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance au contraire — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

Droit criminel — Accusé inculpé de meurtre — Preuve circonstancielle — Directives au jury — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli l'appel d'une déclaration de culpabilité.

David Watt, pour l'appelante.

Robert C. Carter, c.r., et *Alec Fiszauf*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF—Pourvoi annulé parce qu'abandonné en vertu du par. 623(2) du *Code criminel*, le ministère public appelant ayant été invité à demander une ordonnance au contraire et n'ayant pas réussi à présenter une demande défendable.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: David Watt, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Carter & Powell, Toronto.

[1] (1975), 27 C.C.C. (2d) 497.

Attorney General of the Province of Quebec *Appellant*;

and

Ernest Labrecque, Clerk of the Provincial Court, Judge Raymond Beaudet and the Provincial Court *Respondents.*

1980: May 6; 1980: November 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Labour law — Public service — Casual employees — Applicability of collective agreement — Whether grievance within jurisdiction of arbitrator or claim subject to jurisdiction of courts of law — Contractual relationship between the government and the employee — Civil Service Act, S.Q. 1965, c. 14, as amended, ss. 3, 16, 67, 70 — Regulation concerning positions or offices of a casual nature, O.C. 1714 of Oct. 5, 1966, (1966) 98 G.O. 5451 — Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88.

Administrative law — Evocation — Action by a casual functionary for employment benefits — Jurisdiction of Provincial Court, Small Claims Division — Error by Court within the limits of its jurisdiction — Code of Civil Procedure, arts. 953, 980, 997.

Respondent Labrecque worked for the government of Quebec as a casual employee for three months. At the end of his contract he claimed from appellant, the Attorney General, in the Provincial Court, Small Claims Division, the sum of $168 for four days' vacation, three holidays and one day sick leave. The Provincial Court judge allowed the claim and the Court of Appeal upheld the decision of the Superior Court refusing to authorize issuance of a writ of evocation from the Provincial Court judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The issue: The issue which arises is as to whether the Provincial Court judge had jurisdiction to render judgment. It should first be noted that art. 997 of the *Code of Civil Procedure* contains a private clause which places cases regarding the recovery of small claims outside the Superior Court's power of evocation, and that art. 980 of the Code states that a judgment rendered in such cases is final and without appeal. It follows that while the Provincial Court cannot by an

Le procureur général de la province de Québec *Appelant*;

et

Ernest Labrecque, le greffier de la Cour provinciale, le juge Raymond Beaudet et la Cour provinciale *Intimés.*

1980: 6 mai; 1980: 12 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit du travail — Fonction publique — Employés occasionnels — Applicabilité de la convention collective — Grief relevant de la juridiction d'un arbitre ou réclamation relevant des tribunaux judiciaires — Rapport contractuel entre le gouvernement et l'employé — Loi de la fonction publique, 1965 (Qué.), chap. 14 et modifications, art. 3, 16, 67, 70 — Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel, A.C. 1714 du 5 oct. 1966, (1966) 98 G.O. 5451 — Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88.

Droit administratif — Évocation — Action d'un fonctionnaire occasionnel pour avantages sociaux — Juridiction de la Cour provinciale, division des petites créances — Erreur du tribunal dans le cadre de sa compétence — Code de procédure civile, art. 953, 980, 997.

L'intimé Labrecque a travaillé durant trois mois pour le gouvernement du Québec à titre d'employé occasionnel. A la fin de son contrat, il a réclamé de l'appelant, le Procureur général, devant la Cour provinciale, division des petites créances, la somme de $168 pour quatre jours de vacances, trois jours fériés et un jour de congé de maladie. Le juge de la Cour provinciale a accepté la réclamation et la Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour supérieure refusant d'autoriser la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre du jugement de la Cour provinciale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La question: La question qui se pose est de savoir si le juge de la Cour provinciale avait juridiction pour rendre son jugement. Il faut d'abord rappeler que l'art. 997 du *Code de procédure civile* contient une clause privative qui soustrait au pouvoir d'évocation de la Cour supérieure les affaires relatives au recouvrement des petites créances et que l'art. 980 de ce Code porte que le jugement rendu dans ces affaires est final et sans appel. Il s'ensuit que si la Cour provinciale ne peut par une

erroneous interpretation of the law arrogate to itself a jurisdiction which it does not possess, it may, however, err in the exercise of its jurisdiction and, though erroneous, its judgment will then be unassailable, provided that it does not base itself on a deliberate error. The Attorney General raised two main grounds of appeal against Provincial Court jurisdiction.

The second ground: Appellant contended (this was his second ground, but it was examined by the Court first) that if respondent is entitled to the benefits claimed, this can only be pursuant to the collective agreement in effect between the government of Quebec and the Syndicat des fonctionnaires provinciaux, and that this agreement does not apply to casual employees. However, if the agreement is applicable, appellant submitted that respondent's claim constitutes a grievance which can only be decided by an arbitrator, in accordance with the decision of this Court in *General Motors v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537. In light of the express provisions of the *Regulation concerning positions or offices of a casual nature and their incumbents*, the answer must be that the collective agreement is in no way applicable to casual employees. It follows from this that respondent's claim cannot constitute a grievance based on that agreement and within the jurisdiction of an arbitrator. However, *General Motors v. Brunet* does not have the scope which the Attorney General suggests. Indeed, it is not enough that an employee cites a collective agreement for his claim to constitute an arbitrable grievance. A disagreement as to the applicability of the collective agreement does not constitute a grievance but a preliminary issue. As respondent's claim cannot constitute a grievance, it can only be heard by the courts of law, if only to dismiss it if it is ill-founded. In the case at bar, it must necessarily be heard by the Provincial Court. However, the Provincial Court erred in relying on the collective agreement as its basis for upholding respondent's claim, and it may even have made a twofold error. Its first error was in deciding that the collective agreement applied to casual employees such as respondent. Its second error was in having held that, if the collective agreement was applicable to casual employees, it had, to the exclusion of an arbitrator, jurisdiction to decide respondent's claim. Nonetheless, these errors do not affect the jurisdiction of the Provincial Court, since it erred within the limits of its jurisdiction. Finally, although respondent presented no evidence of the existence of an individual contract, the existence of such a contract appears clearly to have been admitted, and it cannot be said that there was a total lack of evidence such as to authorize the issuance of a writ of evocation.

interprétation erronée de la loi s'arroger une compétence qu'elle ne possède pas, elle peut cependant errer dans l'exercice de sa compétence et, même erroné, son jugement est alors inattaquable pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une erreur délibérément commise. Le procureur général soulève deux moyens principaux à l'encontre de la juridiction de la Cour provinciale.

Le second moyen: L'appelant prétend (c'est son second moyen mais la Cour l'examinera d'abord) que si l'intimé a droit aux avantages réclamés, ce ne peut être qu'en vertu de la convention collective en vigueur entre le gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux et que cette convention ne s'applique pas aux employés occasionnels. Si toutefois la convention est applicable, la réclamation de l'intimé, selon l'appelant, constituerait un grief qui relève de la seule juridiction d'un arbitre par application de l'arrêt de cette Cour dans *General Motors c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537. Face aux dispositions expresses du *Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel et leurs titulaires*, il faut répondre que la convention collective n'est en aucune façon applicable aux employés occasionnels. Par le fait même, la réclamation de l'intimé n'est pas susceptible de constituer un grief relatif à cette convention et relevant de la compétence d'un arbitre. L'arrêt *General Motors c. Brunet* n'a toutefois pas la portée que veut lui donner le Procureur général. En effet, il ne suffit pas qu'un salarié invoque la clause d'une convention collective pour que sa réclamation constitue un grief arbitrable. Il faut distinguer entre l'applicabilité d'une convention et son application. Une mésentente relative à l'applicabilité d'une convention collective ne constitue pas un grief mais un litige préliminaire. La réclamation de l'intimé ne constituant pas un grief, elle ne peut donc relever que des tribunaux judiciaires serait-ce pour son rejet si elle est mal fondée. En l'espèce, elle relève nécessairement de la juridiction de la Cour provinciale. La Cour provinciale a cependant erré en se fondant sur la convention collective pour maintenir la réclamation de l'intimé et elle a peut-être même erré doublement. La première erreur, c'est d'avoir jugé la convention collective applicable aux employés occasionnels comme l'intimé. La seconde erreur, c'est d'avoir décidé que, si la convention collective était applicable aux employés occasionnels, la Cour provinciale avait, à l'exclusion d'un arbitre, juridiction pour décider de la réclamation de l'intimé. Ces erreurs n'affectent pas cependant la juridiction de la Cour provinciale puisque elle a erré dans les cadres de sa juridiction. Enfin, même si l'intimé n'a pas fait la preuve de l'existence d'un contrat individuel, l'existence d'un tel contrat paraît clairement avoir été admis et on ne peut pas dire qu'il y a absence totale de preuve, absence qui autoriserait la délivrance d'un bref d'évocation.

The first ground: The Attorney General further argued that there was no contract between the provincial government and its civil servants, rather a legal relationship arising out of law, and that therefore respondent's claim is not a small claim within the meaning of art. 953 of the *Code of Civil Procedure*, as it does not have a contract for its cause. It must be presumed that the Regulation concerning casual employees was observed. Respondent therefore had a casual employment, to which he was appointed by a document from the head of the Department retaining his services. In a private business, this would have been a contract of service. The legal relationship is not changed by the fact that one of the parties to this relationship is the State and the other is a civil servant. The theory put forward by appellant in this connection could only be justified by the royal prerogative, and modern law has been hostile to the extension of the prerogative. It must accordingly be concluded that respondent was a contract employee and that he correctly followed the procedure specified for the recovery of small claims.

South East Asia Bricks Sdn. Bhd. v. Non Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union, [1980] 3 W.L.R. 318; *Procureur général du Québec v. Tribunal du Travail et Syndicat des Fonctionnaires provinciaux*, [1975] C.A. 8; *General Motors v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, considered; *Maluorni v. Ville Mont-Royal*, [1969] Q.B. 922; *Re Grottoli v. Lock & Sons Ltd.* (1963), 39 D.L.R. 128; *Cahoon v. Conseil de la corporation des ingénieurs*, [1972] R.P. 209; *Docteur Lefebvre v. Docteur Ledoux*, [1973] C.A. 645; *Amyot v. Léonard*, [1974] C.A. 302; *Bey v. Laliberté*, [1976] C.A. 142; *University of Saskatchewan v. S.C.F.P.*, [1978] 2 S.C.R. 834; *Verreault & Fils v. Attorney General of Quebec*, [1977] 1 S.C.R. 41; *Shenton v. Smith*, [1895] A.C. 229; *Dunn v. The Queen*, [1896] 1 Q.B. 116; *Gould v. Stuart*, [1896] A.C. 577; *Balderson v. The Queen* (1898), 28 S.C.R. 261; *R. v. Fisher*, [1903] A.C. 158; *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*, [1936] 3 W.W.R. 657; *R. Venkata Rao v. Secretary of State for India*, [1937] A.C. 248; *Genois v. The King*, [1937] Ex. C.R. 176; *Lucas v. Lucas and Commissioner for India*, [1943] 2 All E.R. 110; *Rodwell v. Thomas*, [1944] L.R. 1 K.B. 596; *Samson v. R.*, [1957] S.C.R. 832; *Riordan v. War Office*, [1959] 1 W.L.R. 1046; *Vautrin v. Ministre des Finances*, [1969] C.S. 390; *Chelliah Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon*, [1970] A.C. 1111; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec v. Bérubé*, [1971] C.S. 249; *Procureur général de la province de Québec v. Tribunal du travail*, [1978] C.A. 103; *Zamulinski v. The Queen* (1957), 10 D.L.R. (2d) 685; *Peck v. The Queen*, [1964] Ex. C.R. 966; *Reilly v. The King*, [1932] Ex. C.R. 14;

Le premier moyen: Le procureur général prétend aussi qu'il n'y a pas de contrat entre le gouvernement provincial et ses fonctionnaires, mais un rapport juridique qui naît de la loi et que, par conséquent, la réclamation de l'intimé n'est pas une petite créance au sens de l'art. 953 du *Code de procédure civile* car elle n'a pas pour cause un contrat. Il faut présumer que le règlement concernant les employés occasionnels a été observé. L'intimé avait donc un emploi d'un caractère occasionnel auquel il a été nommé par un écrit du chef du ministère retenant ses services. Dans l'entreprise privée, il s'agirait là d'un contrat de loauge de services. Le rapport juridique ne change pas, parce que l'une des parties à ce rapport est l'État et l'autre partie est un fonctionnaire. La théorie que soutient l'appelant à cet égard ne pourrait se justifier que par la prérogative royale, à l'extension de laquelle le droit moderne se montre hostile. On doit donc conclure que l'intimé était un contractuel et qu'il a eu raison de suivre la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances.

Jurisprudence: *South East Asia Bricks Sdn. Bhd. v. Non Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318; *Procureur général du Québec c. Tribunal du Travail et Syndicat des Fonctionnaires provinciaux*, [1975] C.A. 8; *General Motors c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537 (arrêt considéré); *Maluorni c. Ville Mont-Royal*, [1969] B.R. 922; *Re Grottoli v. Lock & Sons Ltd.* (1963), 39 D.L.R. 128; *Cahoon c. Conseil de la corporation des ingénieurs*, [1972] R.P. 209; *Docteur Lefebvre c. Docteur Ledoux*, [1973] C.A. 645; *Amyot c. Léonard*, [1974] C.A. 302; *Bey c. Laliberté*, [1976] C.A. 142; *Université de la Saskatchewan c. S.C.F.P.*, [1978] 2 R.C.S. 834; *Verreault & Fils c. Le Procureur général de la province de Quebec*, [1977] 1 R.C.S. 41; *Shenton v. Smith*, [1895] A.C. 229; *Dunn v. The Queen*, [1896] 1 Q.B. 116; *Gould v. Stuart*, [1896] A.C. 577; *Balderson c. La Reine* (1898), 28 R.C.S. 261; *R. v. Fisher*, [1903] A.C. 158; *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*, [1936] 3 W.W.R. 657; *R. Venkata Rao v. Secretary of State for India*, [1937] A.C. 248; *Genois c. La Roi*, [1937] R.C. de l'É. 176; *Lucas v. Lucas and Commissioner for India*, [1943] 2 All E.R. 110; *Rodwell v. Thomas*, [1944] L.R. 1 K.B. 596; *Samson v. R.*, [1957] R.C.S. 832; *Riordan v. War Office*, [1959] 1 W.L.R. 1046; *Vautrin c. Ministre des Finances*, [1969] C.S. 390; *Chelliah Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon*, [1970] A.C. 1111; *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec c. Bérubé*, [1971] C.S. 249; *Procureur général de la province de Québec c. Tribunal du travail*, [1978] C.A. 103; *Zamulinski v. The Queen* (1957), 10 D.L.R. (2d) 685; *Peck c. La Reine*, [1964]

Terrell v. Secretary of State for the Colonies, [1953] 2 Q.B. 482; *A.G. of New South Wales v. Perpetual Trustees C. Ltd.*, [1955] A.C. 457; *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*, [1956] 2 Q.B. 641, referred to.

APPEAL from a judgement of the Court of Appeal of Quebec[1], affirming a judgment of the Superior Court which refused to issue a writ of evocation from a judgment of the Provincial Court. Appeal dismissed.

Jacques Clément, Q.C., for the appellant.

André Joli-Coeur and *Claude Verge*, for the respondent Labrecque.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—

I—Proceedings, facts and issue

With leave of this Court, the appeal is from a decision of the Court of Appeal of the Province of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court which refused to issue a writ of evocation sought by the Attorney General from a judgment of the Provincial Court. This judgment, handed down by Raymond Beaudet J. in accordance with the procedure contained in Book Eight of the *Code of Civil Procedure* for the recovery of small claims, condemns the Attorney General to pay respondent Ernest Labrecque the sum of $168 with interest from the date of summons and costs, set at $10.

The facts are set forth as follows in the factum of the Attorney General, to which respondent's factum refers:

[TRANSLATION] Respondent Mr. Ernest Labrecque worked with the Department of Revenue of the Government of Quebec from March 21 to June 19, 1974. During that period he had the status of a casual employee.

After his departure, on or about February 27, 1975, respondent caused to be served on the Attorney General, by the Clerk of the Provincial Court for the District of Quebec City, Access to Justice Division, a motion under

[1] [1977] C.A. 542.

R.C. de l'É. 966; *Reilly c. Le Roi*, [1932] R.C. de l'É. 14; *Terrell v. Secretary of State for the Colonies*, [1953] 2 Q.B. 482; *A.G. of New South Wales v. Perpetual Trustees C. Ltd.*, [1955] A.C. 457; *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*, [1956] 2 Q.B. 641.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1] qui confirme un jugement de la Cour supérieure refusant la délivrance d'un bref d'évocation à l'encontre d'un jugement de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Jacques Clément, c.r., pour l'appelant.

André Joli-Cœur et *Claude Verge*, pour l'intimé Labrecque.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—

I—Les procédures, les faits, la question

Avec l'autorisation de cette Cour, le pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de la province de Québec qui confirme un jugement de la Cour supérieure refusant la délivrance d'un bref d'évocation demandé par le Procureur général à l'encontre d'un jugement de la Cour provinciale. Ce jugement, rendu par le juge Raymond Beaudet conformément à la procédure prescrite par le Livre Huitième du *Code de procédure civile* pour le recouvrement des petites créances, condamne le Procureur général à payer à l'intimé Ernest Labrecque la somme de $168 avec intérêts depuis l'assignation et les dépens fixés au montant de $10.

Les faits sont exposés comme suit dans le mémoire du Procureur général, auquel se réfère le mémoire de l'intimé:

L'intimé, M. Ernest Labrecque, a travaillé pour le Gouvernement du Québec, au Ministère du revenu, du 21 mars au 19 juin 1974. Il avait durant cette période le statut d'employé occasionnel.

Après son départ, soit vers le 27 février 1975, l'intimé fit signifier au Procureur général, par le greffier de la Cour provinciale du district de Québec, division Loi d'accès à la justice, une requête en vertu du livre 8 du

[1] [1977] C.A. 542.

Book Eight of the *Code of Civil Procedure* of Quebec. This action set forth the following claim:

[Here, I am quoting from respondent Labrecque's motion.]

[TRANSLATION] Plaintiff is asking respondent to make payment of the sum of $168.00 and costs within ten (10) days of service of this motion. The costs are $10.00.

The said sum is owed for the following reasons:

amount owed for four days' vacation at $20.00/day;

three holidays at $20.00/day;

one day sick leave;

plus legal interest from March 1974.

Period of plaintiff's employment (from March 21 to June 19, 1974).

Contract of casual employment with the Department of Revenue, 200 Dorchester South, Quebec City.

The Attorney General's factum goes on:

[TRANSLATION] The motion was referred back to the Clerk's Office after a representative of the Government of Quebec had ticked off two of the five boxes indicating, on a printed form attached to the motion, the five options open to a person sued under this procedure.

The following printed formula is found alongside one of the two boxes ticked off by the representative of the Government of Quebec: "I wish to contest the motion on its merits in court". Underneath this printed sentence the following words were added by hand: "Three holidays, one sick leave".

The second ticked box read: "I wish to ask for dismissal of the action": the printed words "before another court" were struck out and, in the place provided for the purpose, the government's representative set forth the reasons for his request for dismissal as follows: "Four days' vacation inadmissible under Book Eight, C.C.P.".

The motion was accompanied by an explanatory letter signed by the Director of the Central Claims Service.

The record of the Provincial Court does not disclose the nature of the representations made at the hearing. However, from what the Provincial Court judge wrote in his judgment, it appears that the parties made the following admission:

"It was admitted by the parties that plaintiff is entitled to the amount if he is subject to application of the aforementioned collective agreement".

The Provincial Court judge also discussed a problem of jurisdiction raised by the parties:

Code de procédure civile du Québec. Cette requête fait état de la réclamation suivante:

(Ici, je cite le texte même de la requête de l'intimé Labrecque.)

Le (la) requérant(e) demande à l'intimé(e) d'effectuer le paiement de la somme de $168.00 et des frais dans les dix (10) jours de la signification de cette requête. Les frais sont de $10.00.

Ladite somme est due pour les motifs suivants:

Montant dû pour 4 jour de vacances à $20.00/jr.

3 jrs fériés à $20.00/jr.

1 jour congé de maladie

plus les intérêts légaux à partir de mars 1974.

Période de l'emploi du requérant (du 21 mars au 19 juin 1974)

Contrat d'emploi à titre occasionnel au Ministère du Revenu, 200 Dorchester sud à Québec.

Le mémoire du Procureur général continue:

La requête fut retournée au greffe après qu'un représentant du Gouvernement du Québec eût coché deux des cinq cases indiquant sur une formule imprimée annexée à la requête les cinq possibilités qui s'offrent à une personne poursuivie en vertu de cette procédure.

A côté de l'une des deux cases cochées par le représentant du Gouvernement du Québec, se trouvait la formule imprimée suivante: «Je désire venir en Cour contester le bien-fondé de la requête». En dessous de cette phrase imprimée, les mots suivants furent ajoutés à la main: «trois jours fériés, 1 congé de maladie».

La seconde case cochée indiquait: «Je désire demander le renvoi de la cause»; les mots imprimés «devant un autre tribunal» étaient rayés et, à l'endroit réservé à cet effet, le représentant du Gouvernement formulait ainsi les raisons de sa demande de renvoi: «quatre jours de vacances Irrecevable (sic) en vertu du livre VIII, C.P.».

La requête était accompagnée d'une lettre explicative signée par le Directeur du Service Central des réclamations.

Le dossier de la Cour provinciale ne révèle pas la nature des représentations qui furent faites à l'audience. Toutefois, suivant ce qu'en écrit le juge de la Cour provinciale dans son jugement, les parties auraient fait l'admission suivante:

«Il a été admis par les parties que le requérant a droit au montant réclamé s'il est sujet à l'application de la convention collective ci-dessus décrite».

Le juge de la Cour provinciale fait également état d'un problème de juridiction soulevé par les parties:

"At the start of the hearing, mention was made of the question of the jurisdiction of the court, sitting for the recovery of small claims, pursuant to Book Eight of the *Code of Civil Procedure*".

Beaudet J. dismissed the exception declining his jurisdiction and then rendered the judgment discussed above.

Did he have jurisdiction to render such a judgment?—That is the question.

In arriving at an answer it is important to note that art. 997 of the *Code of Civil Procedure* contains a privative clause which places cases regarding the recovery of small claims outside the Superior Court's power of evocation. Article 980 of the Code further states that a judgment rendered in such cases is final and without appeal. It follows that while the Provincial Court cannot by an erroneous interpretation of the law arrogate to itself a jurisdiction which it does not possess, it may however err in the exercise of its jurisdiction and, though erroneous, its judgment will then be unassailable, provided that it does not base itself on a deliberate error which would be equivalent to a fraud on the law: *South East Asia Bricks Sdn. Bhd. v. Non Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*[2] (at p. 323).

II— Preliminary difficulty: Did the Attorney General acquiesce in jurisdiction?

Bernier J.A., who was alone in expressing this opinion, concluded that the Attorney General had acquiesced in the jurisdiction of the Provincial Court as to that part of the claim relating to the three holidays and the day of sick leave, but repudiated jurisdiction as to the four days of vacation leave. In his view, the Attorney General could not split his position in this manner, and should have declined jurisdiction on the whole proceeding *in limine litis*. With respect, I cannot concur with this view. It is true that the summary form of the written pleadings for the recovery of small claims leaves the way open to ambiguity, especially when the parties strike out portions of the form instead of simply responding as required. However, I prefer to rely on the assessment made by the Provincial Court judge who, while noting the

[2] [1980] 3 W.L.R. 318 (P.C.).

«Au début de l'audience, l'on a soulevé le problème de la juridiction du tribunal, siégeant au recouvrement des petites créances, sous l'autorité du livre huitième du Code de procédure civile».

Le juge Beaudet rejette l'exception déclinant sa juridiction et rend ensuite jugement comme il est dit plus haut.

Avait-il juridiction pour rendre ce jugement? C'est la question.

Il importe pour la trancher de rappeler que l'art. 997 du *Code de procédure civile* contient une clause privative qui soustrait au pouvoir d'évocation de la Cour supérieure les affaires relatives au recouvrement des petites créances. L'article 980 de ce code porte au surplus que le jugement rendu dans ces affaires est final et sans appel. Il s'ensuit que si la Cour provinciale ne peut par une interprétation erronée de la loi s'arroger une compétence qu'elle ne possède pas, elle peut cependant errer dans l'exercice de sa compétence et, même erroné, son jugement est alors inattaquable pourvu cependant qu'il ne s'agisse pas d'une erreur délibérément commise, ce qui équivaudrait à une fraude à la loi: *South East Asia Bricks Sdn. Bhd. v. Non Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*[2] (à la p. 323).

II—Difficulté préliminaire: le Procureur général a-t-il acquiescé à la juridiction?

Le juge Bernier de la Cour d'appel, qui est seul à exprimer cet avis, opine que le Procureur général a acquiescé à la juridiction de la Cour provinciale quant à cette partie de la réclamation qui est relative aux trois jours fériés et au congé de maladie mais nié la juridiction quant aux quatre jours de vacances. Selon lui, le Procureur général ne pouvait ainsi scinder sa position et il devait décliner juridiction pour le tout *in limine litis*. Avec égard, je ne puis partager cet avis. Il est vrai que la forme sommaire des procédures écrites pour le recouvrement des petites créances prête à ambiguïté surtout lorsque les parties raturent les formulaires au lieu d'y répondre simplement comme prévu. Mais je préfère m'en remettre à l'appréciation du juge de la Cour provinciale qui, tout en notant l'ambiguïté, traite l'exception déclinant sa

[2] [1980] 3 W.L.R. 318 (P.C.).

ambiguity, treated the exception declining jurisdiction as a general exception made "at the start of the hearing".

III—Judgments of the Provincial Court and the Superior Court and of the Court of Appeal

The primary legal basis on which the Provincial Court relied in allowing respondent's action was the 1972-1975 collective agreement between the Government of Quebec and the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec [Quebec provincial civil servants' union].

Referring, *inter alia*, to a decision of the Court of Appeal that will be discussed below and from which it cited lengthy extracts, *Le Procureur général de la Province de Québec v. Tribunal du Travail et Syndicat des Fonctionnaires provinciaux du Québec Inc.*[3], the Provincial Court held that casual employees like respondent form part of the bargaining unit described in the collective agreement and are subject to its application. In view of the admission of the parties, he therefore allowed respondent's motion.

The Provincial Court also referred to the individual contract by which respondent became a casual employee of the government of Quebec, and to which the collective agreement was the complement: based on this twofold contractual foundation, respondent's claim should be decided in accordance with the procedure set forth in art. 953 of the *Code of Civil Procedure* for the recovery of small claims, since in the Court's opinion it was a claim having as its cause "a contract, quasi-contract, offence or quasi-offence", as provided in that disposition.

Jacques J. of the Superior Court concurred in substance with the Provincial Court.

His judgment was prior to *General Motors v. Brunet*[4], but counsel nonetheless argued before him the principle that was approved in that case, namely that respondent's claim, based exclusively on the collective agreement, constituted a grievance which ought to be decided by an arbitrator.

[3] [1975] C.A. 8.
[4] [1977] 2 S.C.R. 537.

juridiction comme une exception globale, faite «au début de l'audience».

III—Jugements de la Cour provinciale et de la Cour supérieure et arrêt de la Cour d'appel

Le fondement juridique principal sur lequel la Cour provinciale s'appuie pour accueillir la requête de l'intimé est la convention collective de travail 1972-1975 entre le gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec.

Invoquant entre autres un arrêt de la Cour d'appel dont il sera question ci-après et dont elle cite de larges extraits, *Le Procureur général de la Province de Québec c. Tribunal du Travail et Syndicat des Fonctionnaires provinciaux du Québec Inc.*[3], la Cour provinciale décide que les employés occasionnels comme l'intimé font partie de l'unité de négociation décrite dans la convention collective et sont sujets à l'application de celle-ci. Il accueille donc la requête de l'intimé, vu l'admission des parties.

La Cour provinciale réfère également au contrat individuel par lequel l'intimé est devenu un employé occasionnel du gouvernement du Québec et dont la convention collective serait le complément: fondée sur cette double base contractuelle, la réclamation de l'intimé devrait être jugée selon la procédure prescrite par l'art. 953 du *Code de procédure civile* pour le recouvrement des petites créances, puisqu'il s'agirait d'une réclamation ayant pour cause «un contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit», comme le prévoit cette disposition.

Le juge Jacques de la Cour supérieure est d'accord en substance avec la Cour provinciale.

Son jugement est antérieur à l'arrêt *General Motors c. Brunet*[4] mais on a quand même invoqué devant lui le principe que cet arrêt allait sanctionner savoir que la réclamation de l'intimé, fondée exclusivement sur la convention collective, constituait un grief relevant de la juridiction d'un arbi-

[3] [1975] C.A. 8.
[4] [1977] 2 R.C.S. 537.

The Superior Court replied to this argument by reference to *Maluorni v. Ville Mont-Royal*[5], which held that compulsory arbitration does not extend to former employees. Respondent was no longer the employee of the government at the time he brought his motion to recover the small claim. Jacques J. concluded that the jurisdiction of the civil courts over respondent's claim was not excluded by the fact that the latter could have presented it as a grievance before leaving his employment.

The Court of Appeal, whose decision was subsequent to *General Motors v. Brunet* (*supra*), made no ruling on the contractual nature of respondent's claim; it held that the choice of the procedure prescribed for recovering small claims does not affect the jurisdiction of the Provincial Court.

Mayrand J.A., with whom Tremblay C.J.A. concurred, affirmed the reasons of the Superior Court which held that respondent's claim would ordinarily constitute a grievance, but like the Superior Court he felt he was bound by *Maluorni* (*supra*).

Bernier J.A., with whom Tremblay C.J.A. also concurred, came to the same conclusions as Mayrand J.A. but for slightly different reasons: he did not subscribe to the view of Mayrand J.A. that respondent's claim would ordinarily constitute a grievance subject to arbitration; in his view the matter turned solely on interpretation of the relevant legislation and was for the courts of law to decide.

IV—Grounds raised by the Attorney General

The Attorney General raised two main grounds against Provincial Court jurisdiction.

1. There was no contract between the provincial government and its civil servants, rather a legal relationship arising out of law. Based on this legal relationship, respondent's claim is not a small claim within the meaning of art. 953 of the *Code of Civil Procedure*, as it does not have for its cause, as para. (*b*) of that provision requires, "a

[5] [1969] Q.B. 922.

tre. A cet argument, la Cour supérieure répond en s'appuyant sur l'arrêt *Maluorni c. Ville Mont-Royal*[5], selon lequel l'arbitrage obligatoire ne s'étend pas aux ex-employés. Or l'intimé n'était plus à l'emploi du gouvernement au moment où il a présenté sa requête en recouvrement de petite créance. Le juge Jacques en conclut que la juridiction des tribunaux civils sur la réclamation de l'intimé n'est pas exclue du fait que ce dernier aurait pu la faire valoir comme grief avant de quitter son emploi.

La Cour d'appel, dont l'arrêt est subséquent à *General Motors c. Brunet* (précité), ne se prononce pas sur le caractère contractuel de la réclamation de l'intimé; elle décide que le choix de la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances n'affecte pas la juridiction de la Cour provinciale.

Le juge Mayrand, avec qui le Juge en chef Tremblay est d'accord, confirme les motifs de la Cour supérieure selon lesquels la réclamation de l'intimé devrait normalement constituer un grief mais, comme la Cour supérieure, il se sent lié par l'arrêt *Maluorni* (précité).

Le juge Bernier, avec qui le Juge en chef Tremblay est également d'accord, arrive aux mêmes conclusions que le juge Mayrand mais pour des motifs partiellement différents: il ne souscrit pas à l'opinion du juge Mayrand selon laquelle la réclamation de l'intimé devrait normalement constituer un grief relevant de l'arbitrage; la question d'après lui dépendrait uniquement de l'interprétation de la législation pertinente et relèverait de la compétence des tribunaux judiciaires.

IV—Moyens soulevés par le Procureur général

Le Procureur général soulève deux moyens principaux à l'encontre de la juridiction de la Cour provinciale.

1. Il n'y a pas de contrat entre le gouvernement provincial et ses fonctionnaires mais un rapport juridique qui nait de la loi. Fondée sur ce rapport juridique, la réclamation de l'intimé n'est pas une petite créance au sens de l'art. 953 du *Code de procédure civile* car elle n'a pas pour cause, comme le prescrit l'al. *b*) de cette disposition, «un

[5] [1969] B.R. 922.

contract, quasi-contract, offence or quasi-offence". The procedure followed is tainted with absolute nullity and deprives the Provincial Court of any jurisdiction.

In the submission of the Attorney General, this is his fundamental ground. If the Court accepts his argument on this point there is no need to rule on his second ground.

2. If respondent is entitled to the benefits claimed, this can only be pursuant to the collective agreement on which the Provincial Court based its finding of entitlement. This agreement is not applicable to casual employees. However, if the agreement is applicable to them, respondent's claim constitutes a grievance which must be decided by an arbitrator outside the courts of law, since the agreement is the only basis of this claim: *General Motors v. Brunet* (*supra*).

In this Court, the Attorney General stressed the alternative nature of this second ground, on which he appears to have placed more emphasis in the lower courts. However, he asked this Court to disapprove *Maluorni* (*supra*) if we conclude that respondent's claim should ordinarily constitute a grievance.

Indeed, as I understand it, the second ground is not merely alternative: it is also conditional. Only if this Court concludes that the collective agreement is applicable to casual employees and that respondent's claim constitutes a grievance is the Attorney General disputing the jurisdiction of the Provincial Court. He no longer disputes it if this condition is not fulfilled, subject to his first ground.

Counsel for the respondent are in partial agreement with the Attorney General on the second ground. Like him, and despite the contrary view taken by the Superior Court and the Court of Appeal, they maintain that the collective agreement is not applicable to respondent, whose claim accordingly cannot constitute a grievance. Only if the Court dismisses this argument do they cite *Maluorni* (*supra*) and ask us to approve it and apply it.

contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit». La procédure suivie est entachée de nullité absolue et prive la Cour provinciale de toute juridiction.

Selon le Procureur général, c'est là son moyen fondamental. Si nous lui donnons raison sur ce point, nous n'avons pas à statuer sur le second.

2. Si l'intimé a droit aux avantages réclamés, ce ne peut être qu'en vertu de la convention collective sur laquelle la Cour provinciale s'appuie pour les maintenir. Or cette convention est inapplicable aux employés occasionnels. Si toutefois la convention leur est applicable, la réclamation de l'intimé constitue un grief qui relève de la juridiction d'un arbitre à l'exclusion de celle des tribunaux judiciaires puisque la convention est le seul fondement de cette réclamation: *General Motors c. Brunet* (précité).

Devant cette Cour, le Procureur général a souligné le caractère subsidiaire du second moyen sur lequel il semble avoir insisté davantage devant les instances inférieures. Mais il nous demande de désapprouver l'arrêt *Maluorni* (précité) si nous en arrivons à la conclusion que la réclamation de l'intimé devrait normalement constituer un grief.

Le second moyen d'ailleurs n'est pas seulement subsidiaire. Comme je le comprends, il est aussi conditionnel. C'est au cas où nous conclurions que la convention collective est applicable aux employés occasionnels et que la réclamation de l'intimé constitue un grief que le Procureur général conteste la juridiction de la Cour provinciale. Il cesse de la contester si cette condition ne se réalise pas, sous réserve de son premier moyen.

Les procureurs de l'intimé sont partiellement d'accord avec le Procureur général relativement au second moyen. Comme lui et nonobstant l'opinion contraire de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, ils soutiennent que la convention collective est inapplicable à l'intimé dont la réclamation ne saurait par conséquent constituer un grief. Ce n'est qu'au cas où nous rejetterions cette prétention qu'ils invoquent l'arrêt *Maluorni* (précité) et nous demandent de l'approuver et de l'appliquer.

I should say at once that in my view the first ground must be dismissed.

The second must therefore be considered.

Strictly speaking one might dispense with doing so, since both parties appear to admit that respondent's claim does not constitute a grievance. Nonetheless it is preferable to deal with it, as this ground raises questions of law on which rulings were given in the lower courts and some of which may affect the application of *General Motors v. Brunet* (*supra*).

I will begin with the second ground.

V—Second ground

Employees of the government of Quebec are covered by the *Civil Service Act*, 1965 (Que.), c. 14, now c. F-3 of the Revised Statutes of Quebec, 1977, ss. 69 and 70 of which set forth a special system of collective bargaining:

69. The *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec* is recognized as the representative of all employees in the civil service who are employees within the meaning of the Labour Code as amended, except:

(*a*) teachers;

(*b*) employees who are members of each of the professions contemplated in chapters 247 to 249, 253 to 255 and 257 and 266 of the Revised Statutes, 1964, and persons admitted to the study of such professions;

(*c*) employees who are university graduates, economists, geographers, geologists, biologists, town-planners, auditors, psychologists, social workers, guidance counsellors and other professionals;

(*d*) employees who are peace officers, prison guards, game-wardens, transportation or autoroute inspectors and other persons performing duties of a peace officer.

70. Section 69 shall have the same effect as a certification by an investigation commissioner under the Labour Code for two separate groups comprising:

(*a*) functionaries who are employees;

(*b*) workmen who are employees.

The Labour Court established by the Labour Code shall decide all conflicts respecting the effective exclusion or inclusion of an employee or class of employees in either of such groups, and shall have the power to cancel the certification and grant another upon the conditions prescribed by the Labour Code. (With the amendments made by S.Q. 1969, c. 48, s. 41.)

Je dirai tout de suite qu'à mon avis le premier moyen doit être rejeté.

Il faudra donc traiter du second.

A la rigueur on pourrait peut-être se dispenser de le faire puisque les deux parties paraissent admettre que la réclamation de l'intimé ne constitue pas un grief. Il est néanmoins préférable d'en traiter car ce moyen soulève des questions de droit sur lesquelles les cours inférieures se sont prononcées et dont certaines peuvent affecter la portée de l'arrêt *General Motors c. Brunet* (précité).

C'est par le second moyen que je commencerai.

V—Le second moyen

Les employés du gouvernement du Québec sont régis par la *Loi de la fonction publique* 1965 (Qué.) chap. 14, maintenant le chap. F-3 des Lois refondues du Québec 1977 dont les art. 69 et 70 prescrivent un régime syndical particulier:

69. Le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec est reconnu comme représentant de tous les employés de la fonction publique qui sont des salariés au sens du Code du travail tel qu'amendé sauf:

a) les salariés enseignants;

b) les salariés membres de chacune des professions visées aux chapitres 247 à 249, 253 à 255 et 257 à 266 des Statuts refondus, 1964, ainsi que les personnes admises à l'étude de ces professions;

c) les salariés gradués d'université, économistes, géographes, géologues, biologistes, urbanistes, comptables vérificateurs, psychologues, travailleurs sociaux, orienteurs et autres professionnels;

d) les salariés agents de la paix, gardiens de prisons, gardes-chasse, inspecteurs des transports ou des autoroutes et autres préposés à des fonctions d'agents de la paix.

70. L'article 69 a le même effet qu'une accréditation accordée par un commissaire-enquêteur en vertu du Code du travail pour deux groupes distincts comprenant:

a) les fonctionnaires qui sont des salariés;

b) les ouvriers qui sont des salariés.

Le tribunal du travail institué par le Code du travail doit statuer sur tout conflit relatif à l'exclusion ou à l'inclusion effective de tout employé ou de toute catégorie d'employés dans chacun de ces groupes et elle (*sic*) a le pouvoir de révoquer l'accréditation et d'en accorder une nouvelle aux conditions prévues par le Code du travail. (Avec les modifications faites par L.Q. 1969, chap. 48, art. 41.)

It will be seen that this is an actual legislative certification of a specific union, the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, specifically recognized by law as the representative of all civil servants who are employees within the meaning of the *Labour Code*, R.S.Q. 1964, c. 141, now c. C-27 of the Revised Statutes of Quebec, 1977, apart from certain exceptions. Having been thus certified, the union can conclude with the government, on behalf only of the employees whom it represents, a collective agreement like that in question in the case at bar.

However, s. 3 of the *Civil Service Act* allows the Civil Service Commision to make casual employees of the government subject to special provisions:

3. Whenever the Commission decides that it is neither practicable nor in the public interest to apply this act to one or more positions or offices of a casual nature in the civil service, it may, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council, withdraw them from the partial or total application of this act and determine, by regulation, the manner in which such positions or offices and the incumbents thereof shall be governed.

Within thirty days after the opening of each session, the Commission shall make an annual report to the Legislative Assembly indicating the positions or offices excluded, under this section, from the partial or total application of this act, the reasons therefor and the regulations prescribed and approved respecting such positions or offices.

Additionally, s. 16 empowers the Commission to make regulations for its internal administration and for the carrying out of the Act, with the approval of the Lieutenant-Governor in Council.

By means of an Order in Council, the Civil Service Commission in fact exercised the powers conferred on it by ss. 3 and 16, removing casual employees from total application of the *Civil Service Act* and determining by regulation the manner in which such employment would be governed. The Order in Council and Regulation read as follows:

Il s'agit, on s'en rend compte, d'une véritable accréditation législative d'un syndicat déterminé, le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, nommément reconnu par la loi comme le représentant de tous les employés de la fonction publique qui sont des salariés au sens du *Code du travail*, S.R.Q. 1964, chap. 141, maintenant chap. C-27 des Lois refondues du Québec, 1977, sauf certaines exceptions. Ainsi accrédité, le syndicat peut conclure avec le gouvernement et au nom des seuls salariés qu'il représente une convention collective comme celle dont il est question en l'espèce.

Toutefois, l'art. 3 de la *Loi de la fonction publique* permet à la Commission de la fonction publique de soumettre les employés occasionnels du gouvernement à un régime spécial:

3. Lorsque la Commission décide qu'il n'est ni praticable ni dans l'intérêt public d'appliquer la présente loi à un ou plusieurs emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel dans la fonction publique ou à un ou plusieurs emplois auprès d'un agent ou délégué général de la province, elle peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, les soustraire à l'application partielle ou totale de cette loi et déterminer, par règlement, la manière dont seront régis ces emplois ou fonctions et leurs titulaires.

Dans les trente jours de l'ouverture de chaque session, la Commission adresse à l'Assemblée nationale un rapport annuel indiquant les emplois ou fonctions exclus, sous l'autorité du présent article, de l'application partielle ou totale de cette loi, les raisons à cet effet, ainsi que les règlements prescrits et approuvés relativement à ces emplois ou fonctions.

Au surplus, l'art. 16 habilite la Commission à faire des règlements pour sa régie interne et pour l'exécution de la loi, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil.

Avec la sanction d'un arrêté en conseil, la Commission de la fonction publique s'est effectivement prévalue des pouvoirs que lui confèrent les art. 3 et 16 pour soustraire les employés occasionnels à l'application totale de la *Loi de la fonction publique* et déterminer par règlement la manière dont sont régis ces emplois. Voici comment se lisent l'arrêté en conseil et le règlement en question:

Order in Council
Executive Council Chamber
Number 1714

Quebec, October 5, 1966

Present: The Lieutenant-Governor in Council.

CONCERNING the "Regulation concerning positions or offices of a casual nature and their incumbents".

IT IS ORDERED, upon the recommendation of the Prime Minister:

THAT, in conformity to sections 3 and 16 of the Civil Service Act, the "Regulation concerning positions or offices of a casual nature and their incumbents", such as decreed by the Civil Service Commission at its assembly of September 29, 1966, and of which a copy is annexed to the present Order in Council, be approved:

THAT the present regulation take effect from and after August 6, 1965.

True copy.

JACQUES PRÉMONT,
Clerk of the Executive Council.

COMMISSION QUÉBEC CIVIL SERVICE

REGULATION CONCERNING POSITIONS OR OFFICES OF A CASUAL NATURE AND THEIR INCUMBENTS

WHEREAS in pursuance to the terms of the provisions of section 3 of the Civil Service Act, the Québec Civil Service Commission can, if it considers that it is not practical nor in the public interest to apply the aforesaid Act to one or several positions or offices of a casual nature in the Civil Service, withdraw them, with the approbation of the Lieutenant-Governor in Council, by (*sic*) the total or partial application of this Act and determine by regulation the manner in which these positions or offices and their incumbents will be governed;

WHEREAS the Commission, after having studied the problem which the application of the aforesaid Act raises in regard to these positions or offices and their incumbents, comes to the conclusion that it is expedient to withdraw from the total application of this Act and consider that they must be governed by a particular rule the conditions of which form the subject of the regulation hereafter decreed.

CONSEQUENTLY, the Québec Civil Service Commission, under the authority of sections 3 and 16 of the Civil Service Act, withdraw from the total application of

Arrêté en conseil
Chambre du Conseil Exécutif
Numéro 1714

Québec, le 5 octobre 1966

Présent: Le lieutenant-gouverneur en conseil

CONCERNANT le «Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel et leurs titulaires»

IL EST ORDONNÉ, sur la proposition du Premier ministre:

QUE, conformément aux articles 3 et 16 de la Loi de la fonction publique, le «Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel et leurs titulaires», tel que décrété par la Commission de la fonction publique à son assemblée du 29 septembre 1966, et dont une copie est annexée au présent arrêté en conseil, soit approuvé;

QUE le présent règlement prenne effet à compter du 6 août 1965.

copie conforme

Le Greffier du Conseil Executif
(s) JACQUES PRÉMONT

COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE DU QUÉBEC

RÈGLEMENT CONCERNANT LES EMPLOIS OU FONCTIONS D'UN CARACTÈRE OCCASIONNEL ET LEURS TITULAIRES

ATTENDU QU'aux termes des dispositions de l'article 3 de la loi de la fonction publique, la Commission de la fonction publique du Québec peut, si elle considère qu'il n'est ni praticable ni dans l'intérêt public d'appliquer la loi précitée à un ou plusieurs emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel dans la fonction publique, les soustraire, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, à l'application totale ou partielle de cette loi et déterminer par règlement la manière dont seront régis ces emplois ou fonctions et leurs titulaires.

ATTENDU QUE la Commission, après avoir fait une étude des problèmes que soulève l'application de la loi précitée à l'égard de ces emplois ou fonctions et de leurs titulaires, en vient à la conclusion qu'il y a lieu de les soustraire à l'application totale de cette loi et considère qu'ils doivent être régis par un régime particulier dont les modalités font l'objet du règlement édicté ci-après.

EN CONSÉQUENCE, la Commission de la fonction publique du Québec sous l'autorité des articles 3 et 16 de la loi de la fonction publique, soustrait à l'application

the aforesaid Act the positions or offices of a casual nature in the Civil Service and decree, with regard to these positions or offices and their incumbents the following reglementary provisions:

Title

Sec. 1. The present regulation is known and designated under the title of:

"Regulation concerning positions or offices of a casual nature and their encumbents".

Interpretation

Sec. 2. In the present regulation, unless the (*sic*) text indicates a different meaning, the words:

A) "position or office of a casual nature" designates an office or position

(*a*) the duration of which is inferior to three (3) months for a casual worker and to four (4) months for a casual functionary or

(*b*) which must fill the purpose to execute a specific and casual work such as the issuance of registration certificates, the construction and repairing of a bridge, a road or another work etc . . .

B) "casual functionary" or "casual worker" designates the incumbents of a position or office of a casual nature.

Appointment

Sec. 3. The incumbent of a position or office of a casual nature is appointed by a written document from the head of the Department where his services are required, on which document is inscribed following his classification title "casual".

Sec. 4. For the purposes of the classification, the qualifications, the compensation and the hours of work of the incumbent of a position or office of a casual nature, the head of the Department must determine them following the nature of the work to be done bearing in mind the conditions applicable in specific cases to the regular employees of the administrative unity to which such incumbent is assigned.

Coming into force

Sec. 5. The present regulation will come into force as soon as it is approved by the Lieutenant-Governor in Council and will take effect on the date he wishes to fix.

Assembly of September 29, 1966.

True copy.

HENRI DION
Secretary.

CAD/mb

totale de la loi précitée les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel dans la fonction publique et édicte quant à ces emplois ou fonctions et leurs titulaires les dispositions réglementaires suivantes:

Titre

Art. 1 Le présent règlement est connu et désigné sous le titre de:

«Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel et leurs titulaires».

Interprétation

Art. 2 Dans le présent règlement, à moins que le contexte n'indique un sens différent, les mots:

A) «emploi ou fonction d'un caractère occasionnel» désigne un emploi ou fonction

a) dont la durée est inférieure à trois (3) mois pour un ouvrier occasionnel et à quatre (4) mois pour un fonctionnaire occasionnel ou

b) qui doit être rempli pour exécuter un travail spécifique et occasionnel tel que l'émission des certificats d'immatriculation, la construction ou la réparation d'un pont, d'une route ou d'un autre ouvrage etc . . .

B) «fonctionnaire occasionnel» ou «ouvrier occasionnel» désigne le titulaire d'un emploi ou fonction d'un caractère occasionnel.

Nomination

Art. 3 Le titulaire d'un emploi ou fonction de caractère occasionnel est nommé par un écrit du chef du ministère où ses services sont requis sur lequel écrit est inscrit à la suite de son titre de classification le mot «occasionnel».

Art. 4 Pour les fins de la classification, des qualifications, de la rémunération et des heures de travail du titulaire d'un emploi ou fonction d'un caractère occasionnel, il appartient au chef du ministère de les déterminer suivant la nature du travail à accomplir en tenant compte des conditions applicables dans l'espèce aux employés réguliers de l'unité administrative à laquelle tel titulaire est assigné.

Entrée en vigueur

Art. 5 Le présent règlement entrera en vigueur lorsqu'il sera approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil et prendra effet à la date qu'il lui plaira de fixer.

Assemblée du 29 septembre 1966

Copie conforme

Le Secrétaire
HENRI DION

CAD/mb

This regulation was in effect at the relevant times.

The Court of Appeal had occasion to interpret it with s. 3 of the *Civil Service Act* in *Le Procureur général de la Province de Québec v. Tribunal du Travail et Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. (supra).*

In that case, the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec was attempting to obtain certification pursuant to the *Labour Code* by an investigation commissioner as the representative of casual workers employed by the government who were not covered by *Civil Service Act*. The investigation commissioner held that he did not have jurisdiction, but his decision was reversed on appeal by the Labour Court. The Superior Court refused to issue a writ of evocation, but its judgment was reversed by the Court of Appeal, which ordered the writ to be issued because the investigation commissioner had properly declined jurisdiction.

The Court of Appeal distinguished between removal from total application of the Act and total removal from application of the Act, and arrived at the surprising conclusion that the Regulation authorized by Order in Council No. 1714 is, despite its formal language which is in the same terms as the Act, a partial removal. The reasons of the Court of Appeal also include the following observations, at p. 12:

[TRANSLATION] In the circumstances, whether by virtue of the partial removal contained in the preamble or by virtue of the power which the Commission has to enact regulatory provisions governing its casual workers or functionaries, the latter remain subject to ss. 69 and 70 of the *Civil Service Act*, and are governed by these provisions where certification is concerned.

With respect, I am unable to agree with these reasons.

First, it seems to me to be impossible to hold that casual workers or functionaries of the government remain subject to ss. 69 and 70 of the *Civil Service Act* and governed by these provisions where certification is concerned. If that were the

Ce règlement était en vigueur aux époques pertinentes.

La Cour d'appel a eu l'occasion de l'interpréter avec l'art. 3 de la *Loi de la fonction publique* dans *Le Procureur général de la Province de Québec c. Tribunal du Travail et Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, Inc.* (précité).

Dans cette affaire, le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec tentait de se faire accréditer sous le régime du *Code du travail* par un commissaire-enquêteur comme représentant les employés ouvriers occasionnels du gouvernement non régis par la *Loi de la fonction publique.* Le commissaire-enquêteur avait jugé qu'il n'avait pas juridiction mais sa décision avait été renversée en appel par le Tribunal du travail. La Cour supérieure refuse la délivrance d'un bref d'évocation mais son jugement est infirmé par la Cour d'appel qui ordonne la délivrance du bref parce que le commissaire-enquêteur avait eu raison de décliner juridiction.

La Cour d'appel distingue entre une soustraction à l'application totale de la loi et une soustraction totale à l'application de la loi et arrive à la conclusion surprenante que le règlement sanctionné par l'arrêté en conseil nº 1714 est, malgré ses termes formels qui sont les termes mêmes de la loi, une soustraction partielle. Les motifs de la Cour d'appel comprennent également les considérations suivantes, à la p. 12:

Dans ces circonstances, que ce soit en vertu de la soustraction partielle contenue dans le préambule ou en vertu du pouvoir qu'a la Commission d'édicter des dispositions réglementaires pour la régie de ses ouvriers ou fonctionnaires occasionnels, ceux-ci restent soumis aux articles 69 et 70 de la *Loi de la fonction publique*, et régis par ces dispositions quant à la question d'accréditation.

Je ne puis pas, je le dis avec égard, être d'accord avec ces motifs.

D'abord, il me paraît impossible de tenir que les ouvriers ou fonctionnaires occasionnels du gouvernement restent soumis aux art. 69 et 70 de la *Loi de la fonction publique* et régis par ces dispositions quant à l'accréditation. Si tel était le cas, la

case, there would be no purpose in certification, since the union would already represent these casual workers or functionaries.

Then, if the Regulation in question is a partial removal from application of the Act, what specific provisions of the Act are affected by the removal?

Finally, what language must be used in order to ensure a total removal, since the language of the Act itself does not suffice?

On the contrary, I think the Regulation authorized by Order in Council No. 1714 had the effect, *inter alia*, of removing casual workers and functionaries from all provisions of the *Civil Service Act*, except obviously for ss. 3 and 16 themselves, which are the crux of this Regulation.

The Court of Appeal nonetheless arrived at the right conclusion in *Le Procureur général de la Province de Québec v. Tribunal du Travail et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc. (supra)*, but for the following reason: one of the obvious aims and effects of the Regulation approved by Order in Council No. 1714 is precisely to prohibit representation of casual workers and functionaries by the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, by removing these casual workers and functionaries from the application of ss. 69 and 70 of the Act, *inter alia*. Accordingly, the union could not circumvent this result by the general provisions of the *Labour Code*, and indirectly accomplish what the *Civil Service Act*, a more specific statute, allows the Civil Service Commission to prohibit.

In the case at bar, the Provincial Court and the Superior Court accepted the argument that the wording of the collective agreement signed between the government and the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec does not exclude casual functionaries, although it excludes other functionaries, and that the previous collective agreement excluded them expressly. That is indeed the case, but the collective agreement cannot validly contradict a regulation of a public nature, and it

demande d'accréditation serait sans objet puisque le syndicat représenterait déjà ces ouvriers ou fonctionnaires occasionnels.

Ensuite, si le règlement en question est une soustraction partielle à l'application de la loi, quelles dispositions spécifiques de la loi sont affectées par la soustraction?

Enfin, quels termes faut-il employer pour effectuer une soustraction totale puisque les termes mêmes de la loi n'y suffisent pas?

Il me paraît au contraire que le règlement sanctionné par l'arrêté en conseil n° 1714 a pour effet, entre autres, de soustraire les ouvriers et fonctionnaires occasionnels à toutes les dispositions de la *Loi de la fonction publique*, sauf évidemment les art. 3 et 16 eux-mêmes qui sont le pivot de ce règlement.

La Cour d'appel arrive néanmoins à la bonne conclusion dans *Le Procureur général de la Province de Québec c. Tribunal du Travail et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec Inc.* (précité) mais pour le motif suivant: l'un des buts et des effets évidents du règlement sanctionné par l'arrêté en conseil n° 1714 est précisément d'empêcher la représentation des ouvriers et fonctionnaires occasionnels par le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec en soustrayant ces ouvriers et fonctionnaires occasionnels à l'application des art. 69 et 70 de la loi, entre autres. Le syndicat ne pouvait donc circonvenir cet effet par le biais des dispositions générales du *Code du travail* et accomplir indirectement ce que la *Loi de la fonction publique*, une loi plus particulière, permet à la Commission de la fonction publique d'empêcher.

Dans la présente affaire, la Cour provinciale et la Cour supérieure retiennent l'argument que le texte de la convention collective conclue entre le gouvernement et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec n'exclut pas les fonctionnaires occasionnels alors qu'elle exclut d'autres fonctionnaires et que la convention collective antérieure les excluait expressément. C'est bien le cas mais la convention collective ne peut pas validement contredire un règlement d'ordre public et il

must be applied in a manner compatible with that regulation.

I accordingly conclude, with due respect for the contrary view, that the collective agreement is in no way applicable to casual employees such as respondent. (It should however be said in all fairness that the Provincial Court, the Superior Court and perhaps even the Court of Appeal may have felt themselves bound by this earlier judgment of the Court of Appeal, although the latter said not a word about it in the case at bar, any more than did the Superior Court.)

As the collective agreement is not applicable to casual employees, it follows that respondent's claim cannot constitute a grievance based on that agreement and within the jurisdiction of an arbitrator.

However, this proposition needs further elaboration.

The Attorney General cited s. 88 of the *Labour Code*, according to which every grievance must be submitted to arbitration, and the definition of the word "grievance" in s. 1(*g*) of the said Code:

(*g*) "grievance"—any disagreement respecting the interpretation or application of a collective agreement.

The benefits claimed by respondent are dealt with in ss. 33, 34 and 36 of the collective agreement.

As respondent's right to the application of these provisions to him was in dispute, there would appear to have been a disagreement as to the application of the collective agreement.

The Attorney General also based his argument on *General Motors v. Brunet (supra)* and maintained that, according to that judgment, it is enough if an employee cites the clause of a collective agreement for his claim to constitute an arbitrable grievance.

In my opinion, that is not the effect of *General Motors v. Brunet (supra)*, any more than it is the scope of the statutory definition of a grievance. Otherwise, an arbitrator would never be deprived of jurisdiction, even in the case where a party

faut l'appliquer de manière à ce qu'elle soit compatible avec le règlement.

J'en arrive donc à la conclusion, avec égard pour l'opinion contraire, que la convention collective n'est en aucune façon applicable aux employés occasionnels comme l'intimé. (Il faut cependant dire en toute justice que la Cour provinciale, la Cour supérieure et peut-être même la Cour d'appel pouvaient se sentir liées par cet arrêt antérieur de la Cour d'appel dont cependant celle-ci, non plus que la Cour supérieure, ne soufflent mot dans l'espèce).

De ce que la convention collective est inapplicable aux employés occasionnels, il résulte que la réclamation de l'intimé n'est pas susceptible de constituer un grief relatif à cette convention et relevant de la compétence d'un arbitre.

Mais il est nécessaire d'élaborer sur cette proposition.

Le Procureur général invoque l'art. 88 du *Code du travail* selon lequel tout grief doit être soumis à l'arbitrage, ainsi que la définition du mot «grief» à l'al. 1 *g*) du même code:

g) «grief» — toute mésentente relative à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective.

C'est aux art. 33, 34 et 36 de la convention collective qu'il est question des avantages réclamés par l'intimé.

Le droit de l'intimé à l'application des ces dispositions en sa faveur étant contesté, il y aurait mésentente relative à l'application de la convention collective.

Le Procureur général se fonde également sur l'arrêt *General Motors c. Brunet* (précité) et prétend que, selon cet arrêt, il suffirait qu'un salarié invoque la clause d'une convention collective pour que sa réclamation constitue un grief arbitrable.

A mon avis, tel n'est pas l'effet de l'arrêt *General Motors c. Brunet* (précité) non plus que la portée de la définition statutaire d'un grief. Autrement un arbitre ne serait jamais dépourvu de juridiction même au cas où une partie invoquerait

relied on a collective agreement which did not apply to him, as in the case at bar.

It is important to distinguish between the applicability of a collective agreement and its application, although both expressions are frequently used interchangeably.

The question of applicability is preliminary and goes to the initial jurisdiction of the arbitrator. That question asks whether in a given situation the collective agreement is capable of being applied, because it attains the objective sought. This question is not itself arbitrable; if it is before the arbitrator, he cannot err in this regard without usurping a jurisdiction which he does not have or refusing to exercise one which he does have.

The question of the application of a collective agreement concerns its implementation, the putting of it into practice. This is a subsequent question which arises only when the preceding one has been resolved in the affirmative and about which the arbitrator can err without his jurisdiction being necessarily affected.

In *General Motors v. Brunet* (*supra*), Pigeon J., speaking for the whole Court at p. 551, rejected the distinction between a dispute relating to the application of a collective agreement and a dispute relating to its infringement. However, he in no way rejected the distinction between the applicability of an agreement and its application. Indeed, this appears to be what he had in mind when he wrote on the same page:

> There can be no question of violation of the collective agreement if it has no application.

The phrase "has no application" is clearly synonymous here with "inapplicable".

A disagreement as to the applicability of a collective agreement therefore does not constitute a grievance but a preliminary issue.

As the collective agreement is not applicable to respondent, and the latter's claim cannot constitute a grievance, *General Motors v. Brunet* (*supra*) is also not applicable, and there is no need to decide whether the Court of Appeal and the

une convention collective qui lui est étrangère, comme c'est le cas en l'espèce.

Il importe de distinguer ici entre l'applicabilité d'une convention collective et son application, quoique les deux expressions soient couramment employées l'une pour l'autre.

La question de l'applicabilité est préalable et met en cause la juridiction initiale de l'arbitre. Par cette question, on se demande si, dans une situation donnée, la convention collective est susceptible de porter parce qu'elle y atteint le but qu'elle vise. Cette question n'est pas elle-même arbitrable: si c'est l'arbitre qui en est saisi, il ne peut se tromper à son sujet sans usurper une juridiction qu'il ne possède pas ou refuser d'exercer celle qui lui appartient.

La question de l'application d'une convention collective concerne son exécution ou sa mise en pratique. C'est une question subséquente qui ne se pose que lorsque la précédente est résolue par l'affirmative. L'arbitre peut s'y tromper sans que sa juridiction en soit nécessairement affectée.

Dans l'arrêt *General Motors c. Brunet* (précité), le juge Pigeon qui parle au nom de toute la Cour rejette à la p. 551 la distinction entre un différend relatif à l'application d'une convention collective et un différend relatif à sa violation. Mais il n'écarte aucunement la distinction entre l'applicabilité d'une convention et son application. C'est même elle qu'il me paraît avoir à l'esprit lorsqu'il écrit à la même page:

> Il ne peut être question de violation de la convention collective si elle est sans application.

L'expression «sans application» est ici clairement synonyme d'«inapplicable».

Une mésentente relative à l'applicabilité d'une convention collective ne constitue donc pas un grief mais un litige préliminaire.

Comme la convention collective est inapplicable à l'intimé et que la réclamation de ce dernier n'est pas susceptible de constituer un grief, l'arrêt *General Motors c. Brunet (précité)* est également sans application et il n'y a pas lieu de décider si la Cour

Superior Court were correct in continuing to follow *Maluorni* (*supra*).

For the same reason, there is also no need to consider whether respondent's claim was not simply directed at recovery of unpaid salary; in that case, there would be nothing to prevent him from bringing it in the courts of law rather than before an arbitrator of a grievance: *General Motors v. Brunet* (*supra*), at pp. 551 and 552; *Re Grottoli v. Lock and Sons Ltd.*[6]

As respondent's claim cannot constitute a grievance, it can only be heard by the courts of law, if only to dismiss it if it is ill-founded. In view of the amount, it must necessarily be heard exclusively by the Provincial Court, acting in accordance with ordinary procedure, which the Attorney General does not dispute, or in accordance with the procedure prescribed for the recovery of small claims, which the Attorney General disputes in his first ground.

However, the Provincial Court erred in relying on the collective agreement as its basis for upholding respondent's claim, and it may even have made a twofold error.

Its first error was in deciding that the collective agreement applied to casual employees such as respondent.

Its second error, subject to possible exceptions dealt with in *Maluorni* (*supra*) and *Re Grottoli* (*supra*), and without prejudice to the first ground, was in having held that, if the collective agreement was applicable to casual employees, it had, to the exclusion of an arbitrator, jurisdiction to decide respondent's claim.

Do these errors affect the jurisdiction of the Provincial Court? I think not.

If it had been committed by an arbitrator, the first error would have been fatal as the arbitrator would by it have arrogated an initial jurisdiction which he did not have. That is not the case with the Provincial Court, which began the proceeding

[6] (1963), 39 D.L.R. 128.

d'appel et la Cour supérieure ont eu raison de continuer à suivre l'arrêt *Maluorni* (précité).

Pour le même motif, il n'y a pas lieu non plus de considérer si la réclamation de l'intimé n'a pas tout simplement pour objet le recouvrement d'un salaire impayé; dans ce cas, rien ne l'empêcherait d'en saisir les tribunaux judiciaires plutôt qu'un arbitre de grief: *General Motors c. Brunet* (précité) aux pp. 551 et 552; *Re Grottoli v. Lock & Sons Ltd.*[6]

La réclamation de l'intimé ne pouvant constituer un grief, elle ne peut relever que des tribunaux judiciaires serait-ce pour son rejet si elle est mal fondée. Compte tenu du montant, elle relève nécessairement de la juridiction exclusive de la Cour provinciale agissant soit en conformité de la procédure ordinaire, ce que le Procureur général ne conteste pas, soit encore en conformité de la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances, ce que le Procureur général conteste par son premier moyen.

La Cour provinciale a cependant erré en se fondant sur la convention collective pour maintenir la réclamation de l'intimé et elle a peut-être même erré doublement.

La première erreur, c'est d'avoir jugé la convention collective applicable aux employés occasionnels comme l'intimé.

La seconde erreur, sous réserve des exceptions possibles visées par l'arrêt *Maluorni* (précité) et le jugement *Re Grottoli* (précité), et sans préjudice au premier moyen, c'est d'avoir décidé que, si la convention collective était applicable aux employés occasionnels, elle avait, à l'exclusion d'un arbitre, juridiction pour décider de la réclamation de l'intimé.

Ces erreurs affectent-elles la juridiction de la Cour provinciale? Je ne le pense pas.

Commise par un arbitre, la première erreur eut été fatale car l'arbitre se serait arrogé grâce à elle une juridiction initiale qu'il ne possédait pas. Ce n'est pas le cas de la Cour provinciale qui a commencé le procès en ayant juridiction sur la

[6] (1963), 39 D.L.R. 128.

by having jurisdiction over respondent's claim under the ordinary procedure or the procedure prescribed for the recovery of small claims.

Moreover, it is the latter procedure which the Provincial Court should *prima facie* follow, since in his written pleading respondent cited "a contract of casual employment with the Department of Revenue". (It should further be noted that in that pleading respondent made no reference to the collective agreement. It does not appear to have been raised until the hearing and in the pleadings before the Provincial Court.)

By its first error, therefore, the Provincial Court did not usurp the initial jurisdiction of another forum. It was exercising its own jurisdiction.

I also do not think it lost jurisdiction along the way.

It is true that by associating respondent's individual contract with the provisions of the collective agreement, the Provincial Court erroneously made applicable to respondent the provisions of an agreement which were not applicable, because they are prohibited from being so by the *Civil Service Act* and the Regulation contained in Order in Council No. 1714. The Provincial Court erred by misinterpreting this Act and Regulation, but it then erred on the merits of respondent's claim, irrespective of its power to decide it. In other words, it erred on the substance of the case.

I concur on this point with what was said by Bernier J.A.: these matters

[TRANSLATION] ... concern ... only the merits of the case ... and the judgment on the merits of the Provincial Court, Small Claims Division, is not subject to appeal (Art. 980 C.C.P.) or to evocation on the ground that the judgment was erroneous (Art. 997 C.C.P.) ...

. . .

The question is solely ... as to the interpretation of the *Civil Service Act* (S.Q. 1965, c. 14) and the Regulation enacted thereunder, approved on October 5, 1966 by Order in Council No. 1714. The interpretation of that legislation was not assigned to any court established under the *Labour Code*; it is a matter for the ordinary courts, the Superior Court and the Provincial Court in the exercise of their respective jurisdictions.

réclamation de l'intimé suivant la procédure ordinaire ou la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances.

C'est d'ailleurs cette dernière procédure que *prima facie* la Cour provinciale devait suivre puisque, dans sa requête écrite, l'intimé invoque «un contrat d'emploi à titre occasionnel au Ministère du Revenu». (Il faut noter au surplus que dans cette requête l'intimé ne fait aucune allusion à la convention collective. Il n'en sera apparemment question qu'à l'enquête et lors des plaidoiries devant la Cour provinciale).

Par cette première erreur, la Cour provinciale n'usurpe donc pas la juridiction initiale d'un autre forum. C'est la sienne propre qu'elle exerce.

Je ne crois pas non plus qu'elle perde juridiction en cours de route.

Il est vrai qu'en complétant le contrat individuel de l'intimé par les dispositions de la convention collective, la Cour provinciale rend erronément applicables à l'intimé des dispositions conventionnelles qui ne le sont pas parce que la *Loi de la fonction publique* et le règlement sanctionné par l'arrêté en conseil nº 1714 l'interdisent. C'est en interprétant mal cette loi et ce règlement que la Cour provinciale se trompe mais elle se trompe alors sur le bien-fondé de la réclamation de l'intimé abstraction faite du pouvoir d'en juger. En d'autres termes, elle se trompe sur le fond de la question.

Je suis d'accord sur ce point avec ce qu'en dit le juge Bernier de la Cour d'appel: ces questions

... relèvent ... uniquement du mérite de la cause ... et le jugement sur le mérite, de la Cour provinciale, division des petites créances, n'est pas sujet à appel (Art. 980 C.P.) ni à évocation pour le motif que le jugement serait erroné (Art. 997 C.P.) ...

. . .

Il s'agit uniquement ... de l'interprétation de la Loi de la fonction publique (S.Q. 1965 chap. 14) et du règlement édicté sous son empire, sanctionné le 5 octobre 1966 par l'arrêté en conseil # 1714. L'interprétation de cette législation n'a été attribuée à aucun tribunal formé en vertu du Code du travail; elle ressort de la juridiction des tribunaux réguliers, Cour Supérieure et Cour Provinciale à l'occasion de l'exercice de leur compétence respective.

Indeed, the Attorney General seems to me to concede this point when, on page six of his factum, he refers to "the question of whether respondent was subject to the collective agreement" as a question relating to "the substance of the case".

The second error relates to jurisdiction, but it is inconsequential as its effects depend on a condition which was not met. Only if the Provincial Court was correct in deciding that the collective agreement was applicable to casual employees would respondent's claim perhaps have been within the jurisdiction of an arbitrator, and the Provincial Court would not have had jurisdiction. I do not see how its error caused it to lose jurisdiction.

I am therefore of the opinion that the errors of the Provincial Court were committed by it within the limits of its jurisdiction and do not justify evocation.

However, before finishing with the second ground one final point must be disposed of. It has already been mentioned. It concerns the individual contract under which respondent became employed by the government of Quebec.

If, as I think, respondent's claim does not have a basis in the collective agreement, it must necessarily have that basis in some other cause relating only to this respondent, whether an individual contract like that referred to by the Provincial Court or a kind of unilateral act appointing him to his position on certain conditions. (For purposes of convenience, I shall refer only to the contract, without immediately disposing of the question which is the subject of the first ground of appeal.)

At first glance, therefore, respondent had to present evidence of this contract and of its contents at least with regard to vacation, holidays and sick leave. The actual existence of the contract seems clearly to have been admitted or taken for granted, but neither the printed appeal case nor the original record say anything as to its contents on these three points. During the pleadings, my brother Lamer J. asked counsel whether respondent had received from the department a document retaining his services and whether the head of the

D'ailleurs le Procureur général me paraît concéder ce point lorsqu'à la page 6 de son mémoire il réfère à «la question de savoir si l'intimé était ou non assujetti à la convention collective» comme à une question concernant «le fond du litige».

La seconde erreur porte sur la juridiction mais elle est sans conséquence car ses effets dépendent d'une condition qui ne se réalise pas. C'est seulement si la Cour provinciale avait eu raison de décider que la convention collective était applicable aux employés occasionnels que la réclamation de l'intimé aurait peut-être relevé de la compétence d'un arbitre et que la Cour provinciale n'aurait pas eu juridiction. Je ne vois pas en quoi son erreur la lui fait perdre.

Je suis donc d'avis que les erreurs de la Cour provinciale ont été commises par elle dans les cadres de sa juridiction et ne justifient pas l'évocation.

Mais il faut disposer d'un dernier point avant d'en finir avec le second moyen. Il en a déjà été question. Il s'agit du contrat individuel en vertu duquel l'intimé est entré au service du gouvernement du Québec.

Si comme je le pense la réclamation de l'intimé ne trouve pas son fondement dans la convention collective, elle devrait nécessairement le trouver dans une autre cause particulière à cet intimé, qu'il s'agisse d'un contrat individuel comme celui auquel réfère la Cour provinciale ou bien d'une sorte d'acte unilatéral le nommant à son poste à certaines conditions. (Pour la commodité du style, je ne parlerai provisoirement que de contrat, sans trancher immédiatement la question qui fait l'objet du premier moyen).

A première vue, il incombait donc à l'intimé de faire la preuve de ce contrat et de son contenu en ce qui concerne du moins les jours de vacances, les jours fériés et les jours de congé maladie. L'existence même du contrat paraît clairement avoir été admise ou tenue pour acquise mais ni le dossier imprimé sur appel ni le dossier original ne révèlent quoi que ce soit quant à son contenu sur ces trois points. Au cours des plaidoiries, mon collègue le juge Lamer a demandé aux procureurs si l'intimé avait reçu du chef du Ministère un écrit retenant

department had determined his pay and his working hours, as prescribed by ss. 3 and 4 of the Regulation approved by Order in Council No. 1714. Counsel was not able to give him any satisfactory answer, for the reason that this document or documents do not appear in the record.

Secondary evidence was not presented either, testimonial or otherwise, or else the Provincial Court would have mentioned it.

The record therefore contains no evidence regarding the rights which respondent may have to vacation, holidays or sick leave, other than ss. 33, 34 and 36 of the collective agreement.

Without meeting this problem specifically, as it was not raised by the Attorney General and was not made the subject of any discussion, counsel for the respondent maintained in their submission that s. 4 of the Regulation approved by Order in Council No. 1714 required the head of the Department to determine the working conditions of casual employees

bearing in mind the conditions applicable in specific cases to the regular employees of the administrative unity to which such incumbent is assigned.

As the collective agreement provides these benefits for regular employees, it was argued that the individual contracts of casual employees should also provide for them. In other words, according to this argument, the individual contracts of casual employees refer to the provisions of the collective agreement with respect to these benefits, although the collective agreement itself does not apply to casual employees *ex proprio vigore*.

I cannot accept this reasoning.

It seems to me that if, under s. 4 of the aforementioned Regulation, the head of the Department must determine the pay and working hours of casual employees "bearing in mind" conditions applicable to regular employees. There is no requirement that he provide for identical conditions. He is only required to take these conditions into consideration and base himself on them.

ses services et si le chef du ministère avait déterminé sa rémunération et ses heures de travail, comme le prescrivent les art. 3 et 4 du règlement sanctionné par l'arrêté en conseil nº 1714. On a été incapable de lui répondre de manière satisfaisante et la raison en est que ce document ou ces documents ne se trouvent pas au dossier.

La preuve secondaire n'a pas été faite non plus, de façon testimoniale ou autrement, sans quoi la Cour provinciale l'aurait mentionné.

Le dossier ne contient donc aucune preuve relative aux droits que l'intimé pourrait avoir à des jours de vacances, de congés fériés ou de jours de congé maladie, autre que les art. 33, 34 et 36 de la convention collective.

Sans répondre spécifiquement à cette difficulté, car elle n'a pas été soulevée par le Procureur général et n'a fait l'objet d'aucune discussion, les procureurs de l'intimé soutiennent dans leur mémoire que l'art. 4 du règlement sanctionné par l'arrêté en conseil nº 1714 oblige le chef du ministère à déterminer les conditions de travail des employés occasionnels

en tenant compte des conditions applicables dans l'espèce aux employés réguliers de l'unité administrative à laquelle tel titulaire est assigné.

Comme la convention collective prévoit ces avantages pour les employés réguliers, on prétend que le contrat individuel des employés occasionnels doit également le prévoir. En d'autres termes, suivant cette prétention, le contrat individuel des employés occasionnels renvoie aux dispositions de la convention collective relatives à ces avantages quoique la convention collective elle-même ne s'applique pas aux employés occasionnels *ex proprio vigore*.

Je ne puis accepter ce raisonnement.

Il me paraît que si, en vertu de l'art. 4 du règlement précité, le chef du ministère doit déterminer la rémunération et les heures de travail des employés occasionnels «en tenant compte» des conditions applicables aux employés réguliers, rien ne l'oblige à fixer des conditions identiques. Il doit seulement prendre ces conditions en considération et s'en inspirer. Au surplus, s'il n'observe pas cette

Moreover, if he does not carry out this obligation, his failure to do so does not have the effect of automatically reproducing in the individual contracts of casual employees the working conditions of regular employees provided for in the collective agreement.

In any case, it is not necessary to dwell at any length on the argument of reference to the collective agreement: first, because this was not the argument adopted by the Provincial Court; second, even if it had adopted this argument, I would again say, not that it lost jurisdiction, but that this was an error of the same type as that which it committed in holding that the collective agreement applied *ex proprio vigore*, and that it simply erred on the merits of respondent's claim.

However, should the issuance of a writ of evocation be authorized on the ground that there was a total absence of evidence as to the content of respondent's individual contract with respect to the benefits claimed?

(Total absence of evidence may be in fact a question of jurisdiction. In this regard, cf. the following: *Cahoon v. Conseil de la corporation des ingénieurs*[7]; *Docteur Lefebvre v. Docteur Ledoux*[8]; *Amyot v. Léonard*[9]; *Bey v. Laliberté*[10]. See also *University of Saskatchewan v. S.C.F.P.*[11])

The Provincial Court might have lost jurisdiction if it had rendered the judgment which it rendered on the basis of the unproven contents of the individual contract. However, as we have seen this is not what it did. It relied erroneously on the proven contents of the collective agreement, which the *Civil Service Act* and the Regulation approved by Order in Council No. 1714 made inapplicable to respondent.

The Provincial Court also referred to the individual contract. However, it did not find in that contract a source of the specific benefits

[7] [1972] R.P. 209 (C.A.).
[8] [1973] C.A. 645.
[9] [1974] C.A. 302.
[10] [1976] C.A. 142.
[11] [1978] 2 S.C.R. 834.

obligation, cette inexécution n'a pas pour effet de reproduire automatiquement dans le contrat individuel des employés occasionnels les conditions de travail des employés réguliers prévues à la convention collective.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire de s'arrêter longtemps à l'argument du renvoi à la convention collective: d'abord ce n'est pas l'argument retenu par la Cour provinciale; ensuite, même si c'était l'argument qu'elle a retenu, je dirais de nouveau, non pas qu'elle a perdu juridiction, mais qu'il s'agit d'une erreur de même nature que celle qu'elle a commise en décidant que la convention collective s'appliquait *ex proprio vigore* et qu'elle a simplement erré sur le bien-fondé de la réclamation de l'intimé.

Doit-on cependant autoriser la délivrance d'un bref d'évocation au motif qu'il y a absence totale de preuve du contenu du contrat individuel de l'intimé relativement aux avantages réclamés?

(L'absence totale de preuve est peut-être en effet une question de juridiction. On pourra à ce sujet comparer les arrêts suivants: *Cahoon c. Conseil de la corporation des ingénieurs*[7]; *Docteur Lefebvre c. Docteur Ledoux*[8]; *Amyot c. Léonard*[9]; *Bey c. Laliberté*[10]. Voir également *Université de la Saskatchewan c. S.C.F.P.*[11])

La Cour provinciale aurait peut-être perdu juridiction si elle avait rendu le jugement qu'elle a rendu en le fondant sur le contenu non prouvé de ce contrat individuel. Mais nous avons vu que ce n'est pas ce qu'elle a fait. Elle l'a fondé erronément sur le contenu prouvé de la convention collective que la *Loi de la fonction publique* et le règlement approuvé par l'arrêté en conseil n° 1714 rendaient inapplicable à l'intimé.

La Cour provinciale réfère aussi au contrat individuel. Ce n'est pas cependant pour y trouver la source des avantages spécifiques réclamés par l'in-

[7] [1972] R.P. 209 (C.A.).
[8] [1973] C.A. 645.
[9] [1974] C.A. 302.
[10] [1976] C.A. 142.
[11] [1978] 2 R.C.S. 834.

claimed by respondent. It referred to the contract to answer the objection that it was unlawful to proceed in the manner prescribed for the recovery of small claims. The Provincial Court dismissed this objection, pointing to the twofold contractual aspect of the claim, the collective agreement and the individual "contract of employment" associated with the collective agreement and mentioned by respondent in his motion. Once again, the existence of an individual hiring appears clearly to have been admitted. Furthermore, the Attorney General recognized in his submission that respondent worked for the government from March 21, 1974 to June 19, 1974, with the status of a casual employee. What he disputed in his first ground was not the existence of that employment, merely its contractual nature.

Accordingly, it cannot be said that there was a total lack of evidence of the basis on which the Provincial Court relied in allowing respondent's claim.

The second ground of appeal does not allow a conclusion that the Provincial Court lacked jurisdiction or that it lost its jurisdiction.

The first ground must accordingly be disposed of.

VI—First ground

Although there is no evidence other than the collective agreement with respect to the benefits claimed by respondent, it is possible to get a sufficiently accurate idea of his employment from the record in order to decide whether it is employment of a contractual nature.

It must be presumed that the Regulation approved by Order in Council No. 1714 was observed. Respondent therefore had a position of a casual nature for less than four months, to which he was appointed by a document from the head of the department retaining his services. His classification, qualifications, pay and working hours were determined by the head of the department. He was to perform specific and casual work. As he described it in a notification of December 17, 1974, which is to be found in the original record, his function was that of an "assessor" for the

timé. C'est pour répondre à l'objection selon laquelle il était illégal de procéder suivant la forme prescrite pour le recouvrement des petites créances. La Cour provinciale rejette cette objection en soulignant l'aspect doublement contractuel de la réclamation, la convention collective et le «contrat d'emploi» individuel complété par la convention collective et mentionné par l'intimé dans sa requête. Or, encore une fois, l'existence d'un engagement individuel paraît clairement avoir été admise. D'ailleurs le Procureur général reconnaît dans son mémoire que l'intimé a travaillé pour le gouvernement du 21 mars 1974 au 19 juin 1974 avec le statut d'employé occasionnel. Ce qu'il conteste par son premier moyen, ce n'est pas l'existence de cet emploi, mais seulement son caractère contractuel.

On ne peut donc pas dire qu'il y a absence totale de preuve de la base sur laquelle la Cour provinciale s'est fondée pour accorder la réclamation de l'intimé.

Le second moyen ne permet pas de conclure que la Cour provinciale était sans juridiction ou qu'elle a perdu sa juridiction.

Il faut par conséquent disposer du premier moyen.

VI—Le premier moyen

Quoiqu'il n'y ait aucune preuve autre que la convention collective relativement aux avantages réclamés par l'intimé, le dossier permet que l'on se fasse de son emploi une idée suffisamment précise pour décider s'il s'agit ou non d'un emploi de caractère contractuel.

Il faut présumer que le règlement approuvé par l'arrêté en conseil n° 1714 a été observé. L'intimé avait donc un emploi d'un caractère occasionnel d'une durée inférieure à quatre mois auquel il a été nommé par un écrit du chef du ministère retenant ses services. Sa classification, ses qualifications, sa rémunération et ses heures de travail ont été déterminées par le chef du ministère. Il devait exécuter un travail spécifique et occasionnel. Comme il l'a décrit dans une mise en demeure du 17 décembre 1974 que l'on trouve dans le dossier original, sa fonction était celle de «cotiseur» au Ministère du

Department of Revenue. The word "cotiseur" (assessor) is not in the dictionary, but I assume that respondent's function consisted in making calculations and checks that were more or less of an accounting nature and were used as a basis for determining the assessment which the department would make on some taxpayers. There is no basis in the record for inferring that the operations performed by respondent were concluded by a legal document issued in his own name by virtue of any authority delegated to him. In other words, respondent's functions cannot be said to have involved the exercise of a public power. He rendered services but was not vested with any authority.

If an individual had been hired on the same conditions by another individual or by a private business to perform operations of the same type, this would be regarded without any question as a contract of service.

However, the Attorney General contends that the matter is otherwise because one of the parties to this legal relationship is the government, and the other party is a civil servant.

The chief ground raised by the Attorney General is based on a general theory of the public service which may be summarized as follows: although a civil servant must consent to his appointment by submitting his candidacy or by accepting a position, he cannot negotiate the terms of his employment because he is not dealing on an equal basis with the State; furthermore, by its statutes or otherwise, the State may amend these conditions while the employment is in effect; relations between the State and the civil servant are therefore not a contractual nature; they result from a unilateral act of public authority by which the State appoints the civil servant to his position, in accordance with previously established general conditions, and thereby confers on him a status which is peculiar to him and from which his duties and rights are derived.

This general theory is found in French administrative law: see, for example, the *Manuel de droit administratif* of André De Laubadère, 10th ed., 1976, to which the Court was referred.

revenu. Le mot «cotiseur» ne se trouve pas au dictionnaire mais je présume que la fonction de l'intimé consistait à effectuer des calculs et des vérifications d'une nature plus ou moins comptable permettant de déterminer la cotisation que le fisc allait prélever de certains contribuables. Rien au dossier ne permet d'inférer que les opérations effectuées par l'intimé se concluaient par un acte juridique quelconque posé sous son propre nom en vertu d'une autorité qu'on lui aurait déléguée. En d'autres termes, on ne peut penser que les fonctions de l'intimé comportaient l'exercice d'un pouvoir public. Il rendait des services mais n'était investi d'aucune autorité.

Si un particulier était engagé aux mêmes conditions par un autre particulier ou par une entreprise privée pour effectuer des opérations de même nature, on dirait sans aucune espèce de doute qu'il s'agit là d'un contrat de louage de services.

Mais il doit en aller autrement, soutient le Procureur général, parce que l'une des parties à ce rapport juridique est l'État et que l'autre partie est un fonctionnaire.

Le moyen principal soulevé par le Procureur général est fondé sur une théorie générale de la fonction publique qui peut se résumer comme suit: même si le fonctionnaire doit consentir à sa nomination en posant sa candidature ou en acceptant un poste, il ne peut négocier les conditions de son emploi car il ne traite pas d'égal à égal avec l'État; au surplus, par ses lois ou autrement, l'État peut modifier ces conditions en cours d'emploi; les rapports entre l'État et le fonctionnaire ne sont donc pas de nature contractuelle; ils résultent d'un acte unilatéral de puissance publique par lequel l'État nomme le fonctionnaire à son poste en conformité de conditions générales préétablies et lui confère par là un statut qui lui est propre et d'où découlent ses devoirs et ses droits.

Cette théorie générale se retrouve en droit administratif français: voir par exemple le *Manuel de droit administratif* d'André De Laubadère, 10e éd. 1976, auquel on nous a d'ailleurs référés.

For some years many Quebec authors, citing also certain English and Canadian judgments and decisions, as well as a few English authors, have maintained that this general theory can and should be admitted into Anglo-Canadian law, although they admit that historically it has not been the dominant theory in this law: Yves Ouellette and J.R. Cardin, "*Le régime syndical et les unités de négociation dans les secteurs hospitalier et scolaire*" (1970), 25 R.I. 445; Yves Ouellette, *La Fonction publique*, 1970, multicopy study; Yves Ouellette, *La responsabilité extra contractuelle de l'État fédéral au Canada*, 1965, unpublished doctoral thesis, University of Montreal; Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québecoise*, 1973, Presses de l'Université Laval; René Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, Presses de l'Université Laval.

It is perhaps understandable that doctrine, which seeks to systematize the law, may from time to time have recourse to general theories. However, this is a dangerous method to apply for the courts, as the latter must proceed case by case, in a more empirical manner.

For this reason, I do not intend to endorse any all-inclusive theory which is applicable to all classes of civil servants, whether the one proposed by the Attorney General or the opposite theory, the contractual theory. It would be injudicious and even imprudent to rule on the status of civil servants of all kinds in a case involving one casual functionary, who was employed for only a few months, and entirely removed from the provisions governing public servants as a whole. The case concerns only this one functionary. There can be even less question of public officers or other categories of individuals such as constabulary forces or the members of the armed forces.

On the other hand, it is important not to lose sight of the principles and spirit of Anglo-Canadian public law. It is a matter of substantive law.

It must be remembered that in Anglo-Canadian law, administrative law does not constitute a com-

Depuis quelques années, plusieurs auteurs québécois qui citent aussi quelques jugements et arrêts anglais et canadiens de même que quelques auteurs anglais, soutiennent que la même théorie générale peut et doit être reçue en droit anglo-canadien même s'ils reconnaissent qu'elle n'a pas été historiquement la théorie dominante dans ce droit: Yves Ouellette et J.R. Cardin, «Le régime syndical et les unités de négociation dans les secteurs hospitalier et scolaire» (1970), 25 R.I. 445; Yves Ouellette, *La Fonction publique*, 1970, étude polycopiée; Yves Ouellette, *La Responsabilité extra contractuelle de l'État fédéral au Canada*, 1965, Thèse de Doctorat non publiée, Université de Montréal; Patrice Garant, *La fonction publique canadienne et québécoise*, 1973, Presses de l'Université Laval; René Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, 1974, Presses de l'Université Laval.

Il est peut-être normal que la doctrine, qui poursuit des buts de systématisation du droit, ait parfois recours aux théories générales. Mais cette méthode est périlleuse pour la jurisprudence qui doit procéder cas par cas, de manière plus empirique.

C'est pourquoi je n'ai pas l'intention d'endosser quelque théorie globale que ce soit applicable à toutes les catégories de fonctionnaires, celle que nous propose le Procureur général, ou bien la théorie contraire, la théorie contractuelle. Il serait peu judicieux et même imprudent de se prononcer sur le statut des fonctionnaires de tous ordres à l'occasion d'une affaire où il est question d'un fonctionnaire occasionnel, employé pour quelques mois seulement, et totalement soustrait au régime qui régit l'ensemble des fonctionnaires. C'est de ce seul fonctionnaire qu'il s'agit en l'espèce. Encore moins peut-il être question des officiers publics ou d'autres catégories de personnes telles les membres des forces constabulaires ou les membres des forces armées.

Par ailleurs, il importe de ne pas perdre de vue les principes et l'esprit du droit public anglo-canadien. Il y va du droit positif.

Dans ce droit anglo-canadien, faut-il le rappeler, le droit administratif ne constitue pas un système

plete and independent system, separate from the ordinary law and administered by specialized courts. On the contrary, it is the ordinary law, administered by the courts of law, which is made a part of public law and the provisions of which cover the public administrative authority, unless they are replaced by incompatible legislative provisions, or supplanted by rules peculiar to the royal prerogative, that group of powers and privileges belonging only to the Crown.

It follows that faced with the necessity of qualifying and regulating a given legal relationship in public law, the jurist of the Anglo-Canadian tradition must necessarily carry out this function with the concepts and rules of the ordinary law, unless statute or prerogative require otherwise. Confronted by a legal relationship having all the characteristics of a contract, as in the case at bar, the Anglo-Canadian jurist must consider it and deal with it as contract, subject to legislation and prerogative.

This characteristic is one of the aspects of the rule of law, as conceived in English public law.

It is also important to note that in Anglo-Canadian law, the relationship between a civil servant and his employer is not, strictly speaking, a relationship with an abstract being, the State: it is a relationship with a relatively more concrete entity, the Crown, which "personifies the state", in the expression of Griffith and Street, *The Principles of Administrative Law*, 5th ed., 1973, at p. 246, but exercises only executive authority: s. 9 of the *British North America Act, 1867*. The Crown is also the Sovereign, a physical person who, in addition to the prerogative, enjoys a general capacity to contract in accordance with the rule of ordinary law. This general capacity to contract, like the prerogative, is also one of the attributes of the Crown in right of a province: *Verreault & Fils v. Attorney General of Quebec*[12].

[12] [1977] 1 S.C.R. 41.

complet et autonome, distinct du droit commun et administré par des tribunaux spécialisés. C'est au contraire le droit commun administré par les tribunaux judiciaires qui est reçu en droit public et dont les dispositions régissent la puissance publique, à moins qu'elles ne soient remplacées par des dispositions législatives incompatibles, ou supplantées par les règles particulières à la prérogative royale, cet ensemble de pouvoirs et de privilèges qui n'appartiennent qu'à la Couronne.

Il s'ensuit qu'ayant à qualifier et à réglementer un rapport juridique donné en droit public, le juriste de tradition anglo-canadienne doit presque nécessairement accomplir cette fonction avec les concepts et les règles du droit commun à moins que la loi ou la prérogative n'imposent le contraire. Confronté par un rapport juridique qui a toutes les apparences d'un contrat, comme en l'espèce, le juriste de tradition anglo-canadienne doit le considérer et le traiter comme un contrat, sous réserve de la législation et de la prérogative.

Cette caractéristique est un des éléments du principe de légalité («*Rule of law*») comme il est conçu en droit public anglais.

Il importe également de souligner qu'en droit anglo-canadien, le rapport entre un fonctionnaire et son employeur n'est pas, strictement parlant, un rapport avec un être abstrait qui serait l'État: c'est un lien avec une entité relativement plus concrète, la Couronne, qui «personnifie l'État» selon l'expression de Griffith and Street, *The Principles of Administrative Law*, 5e éd. 1973, à la p. 246, mais ne jouit que du pouvoir exécutif: art. 9 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*. La Couronne c'est également le Monarque, une personne physique qui, en plus de la prérogative, jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun. Cette capacité générale de contracter, tout comme la prérogative, est aussi l'un des attributs de la Couronne du chef de la Province: *Verreault & Fils c. Le Procureur général du Québec*[12].

[12] [1977] 1 R.C.S. 41.

Modern English law, hostile to the extension of the royal prerogative, is unwilling to use it to explain a legal situation which can just as well be explained by the general capacity of the Crown.

A theory like that put forward by the Attorney General could only be justified with regard to respondent's employment by the royal prerogative, which must be rejected for the reason which I have just given, or by legislation, in the case at bar the Regulation approved by Order in Council No. 1714.

I cannot see in this Regulation anything preventing application of the ordinary law of contract. The Attorney General placed great emphasis on the fact that a casual employee is "appointed" to his position. Something more than this expression would be required to dispense with the general principles of public law. Furthermore, in the private sector an employee is often "appointed" to a managerial position. It is also true that a casual employee is not dealing on an equal basis with the Government and cannot, in practice, negotiate the terms of his employment. However, the same thing can be said of the small employee contracting with large business. As to the argument that the Government may unilaterally modify the terms of employment, which also appears to derive from French administrative law, it seems to me to be at the least doubtful in our law, apart from express provisions of the enactment, which I do not find in the Regulation in question.

Accordingly I conclude, like the Provincial Court and the Superior Court, that respondent was a contract employee and that he was correct in following the procedure prescribed for the recovery of small claims.

In deciding on the contractual nature of respondent's employment, I am only following the thrust of an almost unanimous line of authority: *Shenton v. Smith*[13] (at pp. 234-5); *Dunn v. R.*[14];

[13] [1895] A.C. 229 (P.C.).
[14] [1896] 1 Q.B. 116.

Or le droit anglais moderne, hostile à l'extension de la prérogative royale, répugne à expliquer par elle une situation juridique qui s'explique aussi bien par la capacité générale de la Couronne.

Une théorie comme celle que soutient le Procureur général ne pourrait se justifier relativement à l'emploi de l'intimé que par la prérogative royale, ce qu'il faut écarter pour la raison que je viens de mentionner, ou bien par la législation soit, en l'occurrence, le règlement sanctionné par l'arrêté en conseil nº 1714.

Je ne puis voir dans ce règlement rien qui empêche l'application du droit commun contractuel. Le Procureur général a insisté sur le fait que l'employé occasionnel est «nommé» à son poste. Il faudrait plus que cette expression pour écarter les principes généraux du droit public. D'ailleurs on voit souvent dans le secteur privé qu'un employé a été «nommé» à un poste de direction. Il est vrai aussi que l'employé occasionnel ne traite pas d'égal à égal avec le gouvernement et ne peut pas, en pratique, négocier les conditions de son engagement. Mais on peut dire la même chose du petit employé qui contracte avec la grande entreprise. Quant à la prétention selon laquelle le gouvernement pourrait unilatéralement modifier les conditions de l'emploi, qui semble également provenir du droit administratif français, elle me paraît pour le moins douteuse dans le nôtre, à moins de dispositions explicites de la loi que je ne trouve pas dans le règlement en question.

Comme la Cour provinciale et la Cour supérieure, j'en arrive donc à la conclusion que l'intimé était un contractuel et qu'il a eu raison de suivre la procédure prescrite pour le recouvrement des petites créances.

En décidant du caractère contractuel de l'emploi de l'intimé, je ne fais que suivre la tendance d'une jurisprudence presque constante: *Shenton v. Smith*[13] (aux pp. 234-5); *Dunn v. The Queen*[14];

[13] [1895] A.C. 229 (P.C.).
[14] [1896] 1 Q.B. 116.

Gould v. Stuart[15]; *Balderson v. R.*[16] (at p. 266); *R. v. Fisher*[17] (at p. 166); *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*[18]; *R. Venkata Rao v. Secretary of State for India*[19]; *Genois v. The King*[20]; *Lucas v. Lucas and Commissioner for India*[21] (at p. 112); *Rodwell v. Thomas*[22]; *Samson v. R.*[23] (at pp. 835-36-40-41); *Riordan v. War Office*[24] (at p. 1053); *Vautrin v. Le ministre des Finances*[25]; *Chelliah Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon*[26] (at p. 1123); *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec v. Bérubé*[27] (at p. 250); *Procureur général de la province de Québec v. Tribunal du travail*[28] (at p. 104).

The Attorney General emphasized that these were often *obiter dicta*. Perhaps. But they are so numerous and consistent that they carry weight.

As examples of the contrary view, the Court was referred to two judgments of the Exchequer Court, *Zamulinski v. The Queen*[29] and *Peck v. The Queen*[30]. These isolated judgments are at most ambiguous on the point.

The judgment of the Exchequer Court in *Reilly v. The King*[31] is much more specific in its rejection of the contractual nature of the civil service. However, it was disapproved on this point by this Court[32], whose decision was upheld on other grounds by the Judicial Committee of the Privy

[15] [1896] A.C. 577.
[16] (1898), 28 S.C.R. 261.
[17] [1903] A.C. 158 (H.L.).
[18] [1936] 3 W.W.R. 657.
[19] [1937] A.C. 248 (P.C.).
[20] [1937] Ex.C.R. 176.
[21] [1943] 2 All E.R. 110.
[22] [1944] L.R. 1 K.B. 596.
[23] [1957] S.C.R. 832.
[24] [1959] 1 W.L.R. 1046.
[25] [1969] C.S. 390.
[26] [1970] A.C. 1111.
[27] [1971] C.S. 249.
[28] [1978] C.A. 103.
[29] (1957), 10 D.L.R. (2d) 685.
[30] [1964] Ex. C.R. 966.
[31] [1932] Ex.C.R. 14.
[32] [1932] S.C.R. 597.

Gould v. Stuart[15]; *Balderson c. La Reine*[16] (à la p. 266); *R. v. Fisher*[17] (à la p. 166); *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*[18]; *R. Venkata Rao v. Secretary of State for India*[19]; *Genois c. Le Roi*[20]; *Lucas v. Lucas and Commissioner for India*[21] (à la p. 112); *Rodwell v. Thomas*[22]; *Samson c. La Reine*[23] (aux pp. 835-36-40-41); *Riordan v. War Office*[24] (à la p. 1053); *Vautrin c. Le ministre des Finances*[25]; *Chelliah Kodeeswaran v. Attorney General of Ceylon*[26] (à la p. 1123); *Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec c. Bérubé*[27] (à la p. 250); *Procureur général de la province de Québec c. Tribunal du travail*[28] (à la p. 104).

Le Procureur général souligne qu'il s'agit souvent d'*obiter dicta*. Peut-être. Mais ils sont si nombreux et concordants qu'ils sont d'un grand poids.

En sens inverse, on nous a cité deux jugements de la Cour de l'Échiquier, *Zamulinski v. The Queen*[29] et *Peck c. La Reine*[30]. Ces jugements isolés sont tout au plus ambigus sur la question.

Le jugement de la Cour de l'Echiquier dans *Reilly c. Le Roi*[31] est beaucoup plus précis dans son rejet du caractère contractuel de la fonction publique. Mais il a été désapprouvé sur ce point par cette Cour[32] dont l'arrêt a été confirmé pour d'autres motifs par le Comité judiciaire du Conseil

[15] [1896] A.C. 577.
[16] (1898), 28 R.C.S. 261.
[17] [1903] A.C. 158 (H.L.).
[18] [1936] 3 W.W.R. 657.
[19] [1937] A.C. 248 (P.C.).
[20] [1937] R.C. de l'É. 176.
[21] [1943] 2 All E.R. 110.
[22] [1944] L.R. 1 K.B. 596.
[23] [1957] R.C.S. 832.
[24] [1959] 1 W.L.R. 1046.
[25] [1969] C.S. 390.
[26] [1970] A.C. 1111.
[27] [1971] C.S. 249.
[28] [1978] C.A. 103.
[29] (1957), 10 D.L.R. (2d) 685.
[30] [1964] R.C. de l'É. 966.
[31] [1932] R.C. de l'É. 14.
[32] [1932] R.C.S. 597.

Council[33]. It is also worth noting that the function in question was apparently that of a public officer, a member of a federal commission created by legislation. In this regard, the case resembles *Terrell v. Secretary of State for the Colonies*[34]: the contractual nature of the function was also rejected but the function in question was that of a judge. The function of a public officer was also in question in *A.G. of New South Wales v. Perpetual Trustees C. Ltd.*[35]

Finally, the Court was referred to the opinion of Lord Goddard, Chief Justice of England, in *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*[36]. However, he referred to "established civil servants", as the Court of Appeal referred to "senior civil servants", which definitely is not the case with respondent Labrecque. Additionally, his opinion was questioned by some of the judges of the Court of Appeal at pp. 666, 670 and 671.

Articles and doctrinal works can be found on both sides of the question, even written by authors in the English legal tradition; see, for example, in support of the theory proposed by the Attorney General: Leo Blair, "*The Civil Servant—a Status Relationship*?" (1958), 21 M.L.R. 265. For the contrary view, see Ivan C.M. Richardson, "*Incidents of the Crown Servant Relationship*" (1955), 33 Can. Bar. Rev. 427. Griffith and Street (*op. cit.*) seem more inclined towards the traditional English position. De Smith in *Constitutional and Administration Law*, 3rd ed., 1977, mentions both viewpoints, but states no preference.

VII—Summary and conclusions

Respondent was hired by the government of Quebec as a casual employee and was a contract employee. His claim was based on a contract and could be prosecuted in accordance with the proce-

[33] [1934] A.C. 176.
[34] [1953] 2 Q.B. 482.
[35] [1955] A.C. 457.
[36] [1956] 2 Q.B. 641.

Privé[33] qui ne se prononce pas. Il est aussi important de noter que la fonction en question était, semble-t-il, celle d'un officier public, membre d'une commission fédérale créée par législation. A ce point de vue, l'affaire ressemble à *Terrell v. Secretary of State for the Colonies*[34]: le caractère contractuel de la fonction y est également écarté, mais il s'agissait d'une fonction du juge. C'est aussi de la fonction d'un officier public qu'il est question dans *A.G. of New South Wales v. Perpetual Trustees C. Ltd.*[35]

Enfin, on nous a référés à l'opinion de Lord Goddard, Juge en chef d'Angleterre, dans *Inland Revenue Commissioners v. Hambrook*[36]. Mais il réfère à des «*established civil servants*» comme la Cour d'appel réfère à des «*senior civil servants*», ce qui n'est sûrement pas le cas de l'intimé Labrecque. Au surplus, son opinion est mise en doute par certains des juges de la Cour d'appel aux pp. 666, 670 et 671.

On trouve des articles ou des ouvrages doctrinaux des deux côtés même chez les auteurs de tradition juridique anglaise: voir par exemple dans le sens de la théorie proposée par le Procureur général: Leo Blair, «*The Civil Servant—a Status Relationship?*» (1958), 21 M.L.R. 265. En sens inverse, voir Ivan C. M. Richardson, «*Incidents of the Crown Servant Relationship*» (1955), 33 R. du B. Can. 427. Griffith and Street (*op cit.*) semblent plutôt favorables à la position traditionnelle anglaise. De Smith dans «*Constitutional and Administration Law*», 3e éd. 1977, mentionne les deux tendances mais il n'opte pas.

VII—Sommaire et conclusions

Engagé par le gouvernement du Québec à titre d'employé occasionnel, l'intimé était un contracel. Sa réclamation avait pour cause un contrat et pouvait être poursuivie conformément à la procé-

[33] [1934] A.C. 176.
[34] [1953] 2 Q.B. 482.
[35] [1955] A.C. 457.
[36] [1956] 2 Q.B. 641.

dure prescribed for the recovery of small claims. By allowing this claim on the ground that it was based on the 1972-1975 collective agreement between the government of Quebec and the Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, the Provincial Court erroneously interpreted the *Civil Service Act* and the Regulation approved by Order in Council No. 1714, but it erred within the limits of its jurisdiction and its judgment is not appealable or subject to evocation.

I would dismiss the appeal. In accordance with the conditions which the Attorney General agreed to when leave to appeal was granted to him, he will pay the costs of respondent Labrecque in this Court on a solicitor-client basis.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Villeneuve, Pigeon, Clément, Guilbeault and Laurendeau, Montreal.

Solicitors for the respondent Labrecque: Langlois, Drouin & Associates, Quebec.

dure prescrite pour le recouvrement des petites créances. En maintenant cette réclamation au motif qu'elle était fondée sur la Convention collective de travail 1972-1975 entre le gouvernement du Québec et le Syndicat des fonctionnaires provinciaux du Québec, la Cour provinciale a erronément interprété la *Loi de la fonction publique* et le règlement sanctionné par l'arrêté en conseil n° 1714, mais elle a erré dans les cadres de sa juridiction et son jugement n'est ni appelable ni sujet à évocation.

Je rejetterais le pourvoi. Conformément aux conditions que le Procureur général a acceptées lorsque l'autorisation de se pourvoir lui a été accordée, il paiera les dépens de l'intimé Labrecque en cette Cour comme entre avocat et client.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Villeneuve, Pigeon, Clément, Guilbeault et Laurendeau, Montréal.

Procureurs de l'intimé Labrecque: Langlois, Drouin & Associés, Québec.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Decision by the Rental Commission – Factors to be considered in setting rental – Jurisdiction of the Commission – Writ of evocation – Code of Civil Procedure, art. 846 – Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, S.Q. 1951-52, c. 20 as amended, ss. 13, 19, 20, 26.

RENTAL COMMISSION *et al.* v. SAND *et al.*, 100.

2. Judicial review – Public Service Commission Appeal Board – Eligibility for a closed competition restricted by reference to a minimum salary level – Error in law – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 13, 21 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

BULLION v. THE QUEEN *et al.*, 578.

3. Police – Dismissal – Appellant, a probationary constable, dismissed by chief of police – Reasons for dismissal ambiguous – Power of dismissal exclusively vested in Board of Police Commissioners – Board ratified dismissal without passing resolution, taking minutes, or hearing and informing appellant – Whether or not dismissal valid – The Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, s. 29 – Regulation 680, s. 27(b).

PROCTOR v. BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE FOR THE CITY OF SARNIA, 727.

4. Decision of CRTC – Review by Governor in Council – Rules of natural justice and duty of fairness – Whether Governor in Council subject to judicial review – National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17 as amended, s. 64 – Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2 as amended, ss. 320, 321(1) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28.

ATTORNEY GENERAL OF CANADA v. INUIT TAPIRISAT OF CANADA *et al.*, 735.

5. Certiorari – Privative clause – Alleged error on face of record – Whether or not Board's decision reviewable in face of privative clause – Labour law – Master and servant – Determination of existence of employer-employee relationship within meaning of The Alberta Labour Act – Definition of terms – Details surrounding relationship of taxi drivers to taxi company – The Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), c. 33, ss. 1(d), (e), (h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2),(3).

YELLOW CAB LTD. v. BOARD OF INDUSTRIAL RELATIONS *et al.*, 761.

6. Rental Commission – Eviction for habitual late payment of rent – Excess of jurisdiction – Writ of evocation – Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, 1950-51 (Que.), c. 20 as amended, ss. 17, 25(a) and (b) – Code of Civil Procedure, art. 846.

BLANCO v. RENTAL COMMISSION, 827.

7. Evocation – Action by a casual functionary for employment benefits – Jurisdiction of Provincial Court, Small Claims Division – Error by Court within the limits of its jurisdiction – Code of Civil Procedure, arts. 953, 980, 997.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. LABRECQUE *et al.*, 1057.

ADOPTION

Decree nisi granting custody of children to mother and access to father – Order providing for adoption by mother and second husband – Order of adoption not affected by question of paramountcy – The Child Welfare Act, C.C.S.M., c. C80 – Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8.

WILLIAMS v. HILLIER *et al.*, 368.

APPEAL

Appeal quashed as having been abandoned – No supportable application by appellant for an order otherwise – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

R. v. BURDICK, 1056.

ARBITRATION

Arbitrators – Neither of two nominated arbitrators impartial – Neutral chairman – No grounds of disqualification – The Public Schools Act, C.C.S.M., c. P250, s. 387(2).

GYPSUMVILLE DISTRICT TEACHERS' ASSOCIATION v. CONSOLIDATED SCHOOL DISTRICT OF GYPSUMVILLE, 179.

PINE CREEK SCHOOL DIVISION v. PINE CREEK DIVISION ASSOCIATION, 179.

ASSESSMENT

Retroactive legislation – Municipality without authority to make additional assessment or to collect taxes based on such additional assessment – Action for declaration that assessments void and return of taxes paid – Decision in earlier proceedings that appeal not brought within prescribed time and mode of complaint not appropriate for securing relief from taxes imposed – Present issue not rendered res judicata – The Assessment Act, R.S.O. 1970, c. 32, s. 43(1)(a), (4).

KEW PROPERTY PLANNING AND MANAGEMENT LTD. v. CORPORATION OF THE TOWN OF BURLINGTON, 598.

BANKS AND BANKING

Bank deposits – Performance guarantee – Breach of trust by bank put upon inquiry – Whether contributory negligence by cestui que trust – Contributory Negligence Act, R.S.N.S. 1967, c. 54, s. 1.

POTTER (CARL B.) LTD. v. MERCANTILE BANK OF CANADA, 343.

BATTERY

Consent – Disclosure – Endarterectomy to reduce risk of later stroke – Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery – Stroke suffered causing paralysis – No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation – Whether or not consent valid – Whether or not battery.

REIBL v. HUGHES, 880.

CARRIAGE OF GOODS

Carrier's liability – Limitation of liability for loss, damage or injury – Damage caused by delay – Extent of damages recoverable – The Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, c. 375, Sch. A.

PUROLATOR COURIER LTD. *et al.* v. CORNWALL GRAVEL CO. LTD., 118.

CARRIERS

Common carriers – Extraprovincial licence issued by provincial transport board valid – Provincial seizure powers not displaced by federal legislation – Motor Vehicle Transport Act, R.S.C. 1970, c. M-14, ss. 3, 5, 6 – The Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, c. 300, ss. 3, 58.

NATIONAL FREIGHT CONSULTANTS INC. *et al.* v. MOTOR TRANSPORT BOARD *et al.*, 621.

CIVIL CODE

1.—Articles 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2)..... 555

See: PRESCRIPTION

CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Article 846..... 100

See: ADMINISTRATIVE LAW

2.—Article 846..... 827

See: ADMINISTRATIVE LAW

3.—Articles 953, 980, 997..... 1057

See: ADMINISTRATIVE LAW

COMPANY LAW

Power to borrow – Prohibited transaction – Mortgage by company in connection with purchase of shares – Purchase of shares in company financed by mortgaging of company's assets – Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).

CENTRAL AND EASTERN TRUST CO. v. IRVING OIL LTD., 29.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Indian fishing rights – Agreement between federal and provincial governments giving Indians the right to fish year round – Whether agreement applying to federal legislation – Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14 – Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), c. 30, para. 13 – British North America Act, 1930, 1930 (U.K.), c. 26.

ELK v. THE QUEEN, 166.

2. Fisheries – Injury to fishing grounds and pollution of waters – Invalidity of s. 33(3) of Fisheries Act – Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33, as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3 and 1976-77 (Can.), c. 35, s. 7 – British North America Act, ss. 91(12), 92(13).

FOWLER v. THE QUEEN, 213.

3. Fisheries – Whether s. 33(2) of Fisheries Act ultra vires – Deposit of deleterious substance in water frequented by fish – Whether legislation in relation to fisheries or pollution – Whether information multiplicitous – Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 2, 33(2), 33(3) and 33(11) – B.N.A. Act, s. 91.12.

NORTHWEST FALLING CONTRACTORS LTD. v. THE QUEEN, 292.

4. Taxation – Personal tax – Airspace over land territory of Province – Use of aircraft – Indirect taxation – Taxation within the Province – The Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, c. R150 – British North America Act, s. 92(2).

R. IN RIGHT OF MANITOBA v. AIR CANADA, 303.

5. Court martial – Equality before the law – Military prosecutor rather than Attorney General – Independent and impartial tribunal – Canadian Bill of Rights, ss. 1(a), 1(b), 2(e) and 2(f) – British North America Act, s. 91(7).

MACKAY v. THE QUEEN, 370.

6. Indians – Application of provincial law to Indians – Whether s. 49 of the Manitoba Wildlife Act ultra vires – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49 – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13, paras. 13, 24 – British North America Act, 1867, s. 91(24).

R. v. SUTHERLAND *et al.*, 451.

7. Taxation – Succession duties – Whether residence of beneficiary within taxing province furnishes sufficient basis for imposition of succession duty where property situated outside province and deceased dies domiciled elsewhere – Whether tax in personam or in rem – Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, c. 372, s. 6A.

ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA v. CANADA TRUST CO. *et al.*, 466.

CONTEMPT OF COURT

Imputation of corruption against the Crown Attorney – "Show cause" hearing – Performance of public duties as officer of the court – Apprehension of bias – Failure to invite final submissions – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1).

PAUL v. THE QUEEN, 169.

CONTRACTS

1. Agency – Agent clothed with actual authority to negotiate for sale of sulphur and to effect its sale – Curtailment of agent's real authority effected without knowledge of purchaser – Representation of authority by principal relied on by purchaser – Refusal to supply promised sulphur – Breach of contract – Damages.

ROCKLAND INDUSTRIES, INC. v. AMERADA MINERALS CORPORATION OF CANADA LTD., 2.

2. Implied condition of merchantability – Burden of proof – Right of appellate court to interfere with findings of fact by trial judge – The Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, c. 358, s. 15(2).

SCHREIBER BROTHERS LTD. v. CURRIE PRODUCTS LTD. *et al.*, 78.

3. Privity of contract – Landlord and tenant – Whether insurance clauses in a lease agreement exempted tenant's employees from liability – Agency – Trust – Written agreement contradicted.

GREENWOOD SHOPPING PLAZA LTD. v. BEATTIE *et al.*, 228.

4. Commission payable to an agent – Assessment of the evidence by the trial judge – Reasons given orally by the trial judge – Reasons not available in the Court of Appeal but entered in the record of the Supreme Court – Principle of non-intervention by courts of appeal.

LANDRY v. LAPOINTE, 412.

5. Construction contract – Mechanics' liens – Subcontractor, by contract, waived mechanics' lien rights – After contractor failed to pay advances due under the contract, subcontractor treated the contract as at an end and filed a lien against the title to the property – Whether or not subcontractor bound by waiver of mechanics' lien rights – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, s. 5(1).

BEAUFORT REALTIES (1964) INC. *et al.* v. CHOMEDEY ALUMINUM CO. LTD., 718.

6. Sale of business – Non-competition covenants – Covenants to run for five years from the later of the date of execution of the agreement or the date of leaving employment with the company – Clause in share purchase agreement that all representations, warranties and agreements to survive for six years from the date of closing – Appellants left company nine years after sale and became engaged in enterprise in direct competition with the company – Whether or not the non-competitive covenants were enforceable.

DOERNER *et al.* v. BLISS & LAUGHLIN INDUSTRIES INCORPORTED *et al.*, 865.

COURTS

1. Original application to enforce letters rogatory – Whether Uranium Information Security Regulations, 1976 ultra vires – Public policy – Court's discretion – Consideration of comity – Crown privilege – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 43 – Uranium Information Security Regulations, C.R.C., c. 366 – Atomic Energy Control Act, R.S.C. 1970, c. A-19, s. 9 – Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8 – Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 41.

GULF OIL CORPORATION v. GULF CANADA LTD. *et al.*, 39.

2. Jurisdiction of the Federal Court – Maritime law – Joint venture contract – Relationship between the contract and the obligations created by the "Heads of Agreement" governed by the Civil Code – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, art. 22.

QUEBEC AND ONTARIO TRANSPORTATION CO. LTD. v. SHIP "INCAN ST. LAURENT" *et al.*, 242.

3. Practice – Delay in inscribing for hearing – Appeal held abandoned – Rules of the Supreme Court of Canada, C.R.C., c. 1512, rule 59.

GALLANT v. BEL AUTOMOBILES (1961) INC., 267.

4. Damages – Tort – Physical injuries – Amount awarded at trial reduced by appellate court – Function of appellate court in reviewing award of damages made at trial.

WOELK *et al.* v. HALVORSON, 430.

COURTS—Concluded

CRIMINAL LAW

1. Murder – Acquittal by judge alone – Rational conclusion or mere conjecture by the trial judge – Error of law – Evidence – Uncorroborated testimony of a child – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(2).

R. v. DUBOIS, 21.

2. Charges of conspiracy to traffic in a narcotic and unlawfully trafficking in a narcotic – Conviction for substantive offence of trafficking not precluded by conviction for conspiracy – Convictions not for same cause or matter.

SHEPPE v. THE QUEEN, 22.

3. Appeal from acquittal on charges under Combines Investigation Act – Questions of law alone not involved – Court of Appeal without jurisdiction – Trial judge, fully cognizant of applicable legal principles, deciding on facts that Crown failed to prove commission of offences charged – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) [re-en. 1974-75-76, c. 76, s. 14].

R. v. CHATWIN MOTORS LTD. *et al.*, 64.

4. Evidence – Corroboration – Charge to the jury – Absence of error of law – Powers of an appeal court – Criminal Code, s. 613(1)(a)(i) and (iii).

R. v. EKLUND, 117.

5. Rape – Defence of mistake of fact not put to the jury – Honest belief that consent to intercourse – Mens rea – Reasonable belief – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34., s. 143.

PAPPAJOHN v. THE QUEEN, 120.

6. Habeas corpus – Jurisdiction of the court – Question which could be raised by way of appeal.

KORPONAY v. KULIK, 265.

CRIMINAL LAW—Continued

7. Charge of rape – Certiorari – Motion to quash – Preliminary hearing – Committal for trial – Whether complainant compellable witness at in camera hearing – Questions on sexual conduct – Adequacy of notice and particulars – Denial of natural justice – Right to cross-examine – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 142, 455.3(1)(a), 468(1)(a).

FORSYTHE v. THE QUEEN, 268.

8. Fraudulent use of telecommunication facilities – Computer – Criminal Code, s. 287(1)(b).

R. v. MCLAUGHLIN, 331.

9. Evidence – Intercepted private communications – Admissibility – Whether trial judge can review the basis upon which a wiretap authorization was given – Criminal Code, s. 178.13(1), as en. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 9.

HAWKINS v. THE QUEEN (No. 1), 353.

10. Defences – Ignorance of the law – Whether there is a distinction between mistake of law and ignorance of law – Whether ignorance of subordinate legislation may be an excuse – Defence of due diligence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19 – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2) – Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2).

HAWKINS v. THE QUEEN (No. 2), 355.

11. Defences – Ignorance of the law – Whether there is a distinction between mistake of law and ignorance of law – Whether ignorance of subordinate legislation may be an excuse – Defence of due diligence – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19 – Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2) – Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2).

MOLIS v. THE QUEEN, 356.

12. Jurisdiction – Alleged contravention of s. 3(1) of the Postal Services Continuation Act, 1978 (Can.), c. 1 – Charge of contravening Act of Parliament – Whether any evidence before trial judge on which jury might reasonably conclude charge proved – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 115(1).

WALDEN v. THE QUEEN, 365.

13. Murder conviction – Failure to hold voir dire on crucial statement allegedly made by accused to police officer – New trial ordered – Non-applicability of s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code.

HARPER (DOWN) v. THE QUEEN, 366.

14. Conspiracy – Conspiracy to prevent members of a union from participating in the lawful activities of their union – Whether the information discloses an offence known to the law – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2) – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 110.

GRALEWICZ *et al.* v. THE QUEEN, 493.

CRIMINAL LAW—Concluded

15. Defence – Non-insane automatism – Insanity – Disease of the mind – Question of law – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 542, 545.

RABEY v. THE QUEEN, 513.

16. Combines – Conspiracy to prevent or lessen competition unduly – Market shares maintained – Tacit agreement or "conscious parallelism" – Burden of proof – Mens rea – Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(b), 32(1)(c) – Criminal Code, ss. 605(1)(a), 618(2)(a).

ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LTD. *et al.* v. ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 644.

17. Murder – Indecent assault – Mental elements – Specific intent – Defence of drunkenness – Underlying offence – Possession or use of weapon during the commission or attempted commission of indecent assault – Charge to the jury – Whether deficiency in the trial judge's charge caused a prejudice to the accused or a miscarriage of justice – Criminal Code, ss. 212(a), 213.

SWIETLINSKI v. THE QUEEN, 956.

18. Procedure – Committal for trial – Preferred indictment – Extraordinary remedies to quash committal – Criminal Code, ss. 507, 507.1.

R. v. CHABOT, 985.

19. Preliminary hearing – Charge of second degree murder – Committal for trial for an offence other than the offence set out in the information – Criminal Code, ss. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589.

R. v. CHABOT, 985.

20. Accused charged with murder – Circumstantial evidence – Directions to jury – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

R. v. BURDICK, 1056.

ESTATES

Practice – Writ of summons – Action brought by company in its corporate capacity against co-executor and itself in its representative capacity as one of the personal representatives of an estate – Executors removed after writ issued – Whether or not the action was a nullity – If the writ of summons was irregular, whether or not the defect had been cured by the order removing the executors and trustees, including the company, and appointing the Public Trustee in their stead – Rules of Practice of the Supreme Court of Ontario, Rules 124 and 186 – The Trustee Act, R.S.O. 1970, c. 470, ss. 38(2), 50(1).

PUBLIC TRUSTEE (ESTATE JAMES WILSON BERRY) v. GUARANTY TRUST CO. OF CANADA, 931.

EVIDENCE

Criminal procedure – Compellability of witnesses – Corporation charged with offence – Whether an officer of the corporation compellable witness at instance of the Crown – Canada

EVIDENCE—Concluded

Grain Act, 1970-71-72 (Can.), c. 7, ss. 2(27), (32), 90(1) – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5.

R. v. N. M. PATERSON AND SONS LTD., 679.

GUARANTEE

Liability of guarantor to creditor when creditor fails to preserve security – Exemption clauses – Rules of construction – Misrepresentation – Collateral oral agreement contradicting written guarantee.

BAUER v. BANK OF MONTREAL, 102.

INDIANS

1. Hunting for food – Unoccupied Crown lands – Right of access to lands – Public road – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, ss. 19(1), 46(1) – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 26, para. 13.

R. v. MOUSSEAU, 89.

2. Hunting for food – Wildlife Management Area – Unoccupied Crown lands – Right of access – Unilateral amendment of Memorandum of Agreement – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49 – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13.

R. v. SUTHERLAND *et al.*, 451.

INTEREST

Expropriation – Whether interest awarded by arbitrators subject to s. 3 of Interest Act – Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 3 – Highway Act, R.S.B.C. 1960, c. 172, s. 16 – Department of Highways Act, R.S.B.C. 1960, c. 103 – Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, c. 14 – Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, c. 51, s. 113 – B.N.A. Act, s. 92(3).

BRITISH PACIFIC PROPERTIES LTD. v. MINISTER OF HIGHWAYS AND PUBLIC WORKS, 283.

INTERPRETATION

Accrual of right – Retroactivity excluded – Unemployment insurance – Age of entitlement reduced – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 31 (amended by 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 10) and 38 – Unemployment Insurance Entitlements Adjustment Act, 1976-1977 (Can.), c. 11, s. 2 – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(c).

CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION v. DALLIALIAN, 582.

JUDGMENTS AND ORDERS

Costs – Money paid into Court by respondent to be paid out to appellant with accumulated interest.

CANADIAN LABORATORY SUPPLIES LTD. v. ENGELHARD INDUSTRIES OF CANADA LTD., 450.

JURISDICTION

Courts – Debts guaranteed by federal government through statutory scheme and paid by the government on default by each of the appellants – Whether or not Federal Court, Trial Division, had jurisdiction to entertain claim made by the Crown against the appellants for repayment – Prairie Grain Advance Payments Act, R.S.C. 1970, c. P-18, ss. 2, 4 – Canada Student Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-17, s. 13(j) – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) (a).

RHINE v. THE QUEEN, 442.

PRYTULA v. THE QUEEN, 442.

LABOUR LAW

1. Collective agreement – Unlawful strike – Claim by employer for damages – Grievance – Jurisdiction of arbitrator – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88, 95.

SHELL CANADA LTD. v. UNITED OIL WORKERS OF CANADA, 181.

2. Right of employees to participate in the lawful activities of the union of their choice – Members of a union being prevented from exercising such a right – Whether that conduct is an unlawful purpose within the meaning of s. 423(2)(a) of the Criminal Code – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 110, 184, 185, 191(1) – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(2)(a).

GRALEWICZ *et al.* v. THE QUEEN, 493.

3. Public service – Casual employees – Applicability of collective agreement – Whether grievance within jurisdiction of arbitrator or claim subject to jurisdiction of courts of law – Contractual relationship between the government and the employee – Civil Service Act, S.Q. 1965, c. 14, as amended, ss. 3, 16, 67, 70 – Regulation concerning positions or offices of a casual nature, O.C. 1714 of Oct. 5, 1966, (1966) 98 G.O. 5451 – Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. LABRECQUE *et al.*, 1057.

MARITIME LAW

Time charter – Delay in delivery of cargo – Liability of owner and of charterer – Jurisdiction of the Federal Court – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22.

ARIS STEAMSHIP CO. INC. v. ASSOCIATED METALS & MINERALS CORPORATION, 322.

MATRIMONIAL LAW

Loss or impairment of consortium – Claim at trial statutory and framed under s. 35(1) of The Domestic Relations Act – Reach of s. 35 of The Domestic Relations Act – The Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, c. 113, s. 35, as amended by 1973 (Alta.), c. 61, s. 5(16).

WOELK *et al.* v. HALVORSON, 430.

MECHANICS' LIENS

Funds paid into court by general contractor – Contractor not cestui que trust of such funds – Does not step into shoes of lien claimants whom it pays directly to permit continuation of work – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, as amended.

PARON CONSTRUCTION LTD. v. TOWN DRYWALL INC., 115.

MINES AND MINERALS

Silver tailings deposited on parcel of land prior to severance of surface and mining rights – Ownership of tailings.

MASTERMET COBALT MINES LTD. v. CANADAKA MINES LTD., 119.

MORTGAGES

Foreclosure – Enforceability of mortgage – Prohibited transaction – Financing of purchase of company shares – Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).

CENTRAL AND EASTERN TRUST CO. v. IRVING OIL LTD., 29.

MUNICIPAL LAW

By-laws – Planning legislation – Subdivision control – Refusal by successor in title to great majority of subdivision lots to carry out provisions of subdivision agreement – Appellant's lots deemed not to be plan of subdivision by by-law – By-law enacted without notice – Connection between appellant's water main and municipal water system forbidden by separate by-law until conditions met – Whether or not by-laws should be quashed – Discretionary nature of judicial review – The Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29 – The Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 17 – The Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), c. 48 – The Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 248, ss. 283, 284, 285.

HOMEX REALTY AND DEVELOPMENT CO. LTD. v. CORPORATION OF THE VILLAGE OF WYOMING, 1011.

NEGLIGENCE

1. Highways – Municipal corporation – Appellant injured when thrown by bicycle as its front wheel fell into pothole in thoroughfare under municipality's jurisdiction – Municipality authorized to maintain road but under no statutory obligation to do so – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 513(2).

BARRATT v. CORPORATION OF NORTH VANCOUVER, 418.

2. Liability – General damages – Constable killed at scene of accident on well-lighted thoroughfare where ample flashing lights were in evidence – Constable in centre of road when struck – Whether or not constable contributed to his death by his own negligence – Whether or not Ontario Court of Appeal erred in reducing quantum of damages awarded at trial under The Fatal Accidents Act (Ontario) from $195,000 to $62,500.

LEWIS v. TODD AND MCCLURE, 694.

PHYSICIANS AND SURGEONS

1. Negligence and battery – Informed consent – Duty of disclosure – First operation – Routine disc operation – Seriousness of operation – Special and unusual risks – Specific questions by patient.

HOPP v. LEPP, 192.

2. Negligence – Duty of care – Disclosure – Causation – Endarterectomy to reduce risk of stroke – Risk of stroke or death during or in aftermath of surgery – Stroke suffered causing paralysis – No disclosure save for advice that possibility of stroke greater without operation – Respondent aware of appellant's concern about the vesting of his pension – Whether or not respondent negligent.

REIBL v. HUGHES, 880.

PLANNING

Railway lands – Sale of portion surplus to railway requirements – Application for subdivision approval – Applicability of provisions of planning legislation – The Planning Act, R.S.A. 1970, c. 276, ss. 25, 26 – The Subdivision and Transfer Regulation, A.R. 215/67, s. 19.

CANADIAN PACIFIC LTD. *et al.* v. TOWN OF VULCAN, 177.

PRESCRIPTION

Member of Real Estate Board improperly expelled – Contractual or delictual action – Damages resulting from single cause of action – By-laws – Natural justice – Corporations – Civil Code, arts. 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2) – Companies Act, R.S.Q. 1941, c. 276, s. 214, now R.S.Q. 1977, c. C-38, s. 218 – Real Estate Brokerage Act, R.S.Q. 1964, c. 267, am. 1966-67 (Que.), c. 75, now R.S.Q. 1977, c. C-73.

SENEZ v. MONTREAL REAL ESTATE BOARD, 555.

SALE OF LAND

Conditions of contract accepted by vendor as terms thereof – Time not of the essence – Vendor in default in carrying out obligations – Damages.

HECHTER *et al.* v. THURSTON, 254.

STATUTES

1.—Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, S.Q. 1951-52, c. 20 as amended, ss. 13, 19, 20, 26 100
See: ADMINISTRATIVE LAW

2.—Act to Promote Conciliation between Lessees and Property-Owners, 1950-51 (Que.), c. 20 as amended, ss. 17, 25(a) and (b) 827
See: ADMINISTRATIVE LAW

3.—Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), c. 17, ss. 1(ae), 2(5), 8, 9 774
See: TAXATION

4.—Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), c. 33, ss. 1(d), (e), (h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2),(3) 761
See: ADMINISTRATIVE LAW

5.—Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, c. 14 283
See: INTEREST

6.—Assessment Act, R.S.O. 1970, c. 32, s. 43(1)(a), (4) 598
See: ASSESSMENT

7.—Atomic Energy Control Act, R.S.C. 1970, c. A-19, s. 9 39
See: COURTS

8.—Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta.), c. 44, Part 6 256
See: TAXATION

9.—B.N.A. Act, s. 92(3) 283
See: INTEREST

10.—B.N.A. Act, s. 91.12 292
See: CONSTITUTIONAL LAW

11.—British North America Act, 1930, 1930 (U.K.), c. 26 166
See: CONSTITUTIONAL LAW

12.—British North America Act, ss. 91(12), 92(13) 213
See: CONSTITUTIONAL LAW

13.—British North America Act, s. 92(2) 303
See: CONSTITUTIONAL LAW

14.—British North America Act, s. 91(7) 370
See: CONSTITUTIONAL LAW

15.—British North America Act, 1867, s. 91(24) 451
See: CONSTITUTIONAL LAW

16.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(2) 21
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

17.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 43 39
See: COURTS

18.—Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5 .. 679
See: EVIDENCE

19.—Canada Grain Act, 1970-71-72 (Can.), c. 7, ss. 2(27), (32), 90(1) 679
See: EVIDENCE

20.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 110 493
See: CRIMINAL LAW

21.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 110, 184, 185, 191(1) 493
See: LABOUR LAW

22.—Canada Student Loans Act, R.S.C. 1970, c. S-17, s. 13(j) 442
See: JURISDICTION

23.—Canadian Bill of Rights, ss. 1(a), 1(b), 2(e) and 2(f) 370
See: CONSTITUTIONAL LAW

24.—Child Welfare Act, C.C.S.M., c. C80 368
See: ADOPTION

25.—Civil Service Act, S.Q. 1965, c. 14, as amended, ss. 3, 16, 67, 70 1057
See: LABOUR LAW

26.—Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32(1)(c) [re-en. 1974-75-76, c. 76, s. 14] 64
See: CRIMINAL LAW

27.—Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 32(1)(b), 32(1)(c) 644
See: CRIMINAL LAW

28.—Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) 29
See: COMPANY LAW

29.—Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) 29
See: MORTGAGES

30.—Companies Act, R.S.Q. 1941, c. 276, s. 214, now R.S.Q. 1977, c. C-38, s. 218 555
See: PRESCRIPTION

31.—Contributory Negligence Act, R.S.N.S. 1967, c. 54, s. 1 343
See: BANKS AND BANKING

32.—Criminal Code, s. 178.13(1), as en. 1976-77 (Can.), c. 53, s. 9 353
See: CRIMINAL LAW

33.—Criminal Code, s. 613(1)(a)(i) and (iii) 117
See: CRIMINAL LAW

34.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143 120
See: CRIMINAL LAW

35.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1) 169
See: CONTEMPT OF COURT

STATUTES—Continued

36.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 142, 455.3(1)(a), 468(1)(a). 268
See: CRIMINAL LAW

37.—Criminal Code, s. 287(1)(b). 331
See: CRIMINAL LAW

38.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19. 355
See: CRIMINAL LAW

39.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 19. 356
See: CRIMINAL LAW

40.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 115(1). 365
See: CRIMINAL LAW

41.—Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii). 366
See: CRIMINAL LAW

42.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2). 493
See: CRIMINAL LAW

43.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 423(2)(a). 493
See: LABOUR LAW

44.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 16, 542, 545. 513
See: CRIMINAL LAW

45.—Criminal Code, ss. 605(1)(a), 618(2)(a). 644
See: CRIMINAL LAW

46.—Criminal Code, ss. 212(a), 213. 956
See: CRIMINAL LAW

47.—Criminal Code, ss. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589. 985
See: CRIMINAL LAW

48.—Criminal Code, ss. 507, 507.1. 985
See: CRIMINAL LAW

49.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2). 1056
See: APPEAL

50.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2). 1056
See: CRIMINAL LAW

51.—Department of Highways Act, R.S.B.C. 1960, c. 103. 283
See: INTEREST

52.—Divorce Act, R.S.C. 1970, c. D-8. 368
See: ADOPTION

53.—Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, c. 113, s. 35, as amended by 1973 (Alta.), c. 61, s. 5(16). 430
See: MATRIMONIAL LAW

54.—Fatal Accidents Act, R.S.O. 1970, c. 164. 694
See: NEGLIGENCE

55.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 41. 39
See: COURTS

STATUTES—Continued

56.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, art. 22. 242
See: COURTS

57.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22. 322
See: MARITIME LAW

58.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 17(4) (a). 442
See: JURISDICTION

59.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28. 578
See: ADMINISTRATIVE LAW

60.—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14. 166
See: CONSTITUTIONAL LAW

61.—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33, as amended by R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 17, s. 3 and 1976-77 (Can.), c. 35, s. 7. 213
See: CONSTITUTIONAL LAW

62.—Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 2, 33(2), 33(3) and 33(11). 292
See: CONSTITUTIONAL LAW

63.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27. 355
See: CRIMINAL LAW

64.—Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27. 356
See: CRIMINAL LAW

65.—Highway Act, R.S.B.C. 1960, c. 172, s. 16. 283
See: INTEREST

66.—Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 3. 283
See: INTEREST

67.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2). 355
See: CRIMINAL LAW

68.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27(2). 356
See: CRIMINAL LAW

69.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 35(c). 582
See: INTERPRETATION

70.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28. 735
See: ADMINISTRATIVE LAW

71.—Interpretation Act, R.S.O. 1970, c. 225, s. 17. 1011
See: MUNICIPAL LAW

72.—Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), c. 48. 1011
See: MUNICIPAL LAW

73.—Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88, 95. 181
See: LABOUR LAW

74.—Labour Code, R.S.Q. 1964, c. 141, ss. 1(g), 88. 1057
See: LABOUR LAW

STATUTES—Continued

75.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 26, para. 13. 89
See: INDIANS

76.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), c. 30, para. 13. 166
See: CONSTITUTIONAL LAW

77.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13, paras. 13, 24. 451
See: CONSTITUTIONAL LAW

78.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, c. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, c. 29, 1930 (U.K.), 20-21 Geo. V, c. 13. 451
See: INDIANS

79.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, as amended. 115
See: MECHANICS' LIENS

80.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, s. 5(1). 718
See: CONTRACTS

81.—Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268. 256
See: TAXATION

82.—Motor Vehicle Transport Act, R.S.C. 1970, c. M-14, ss. 3, 5, 6. 621
See: CARRIERS

83.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 513(2)... 418
See: NEGLIGENCE

84.—Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 248, ss. 283, 284, 285. 1011
See: MUNICIPAL LAW

85.—National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17 as amended, s. 64. 735
See: ADMINISTRATIVE LAW

86.—Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, s. 8. 39
See: COURTS

87.—Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, c. 51, s. 113. 283
See: INTEREST

88.—Planning Act, R.S.A. 1970, c. 276, ss. 25, 26. 177
See: PLANNING

89.—Planning Act, R.S.O. 1970, c. 349, s. 29. 1011
See: MUNICIPAL LAW

90.—Police Act, R.S.O. 1970, c. 351, s. 29. 727
See: ADMINISTRATIVE LAW

91.—Prairie Grain Advance Payments Act, R.S.C. 1970, c. P-18, ss. 2, 4. 442
See: JURISDICTION

92.—Private Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 361. 256
See: TAXATION

STATUTES—Continued

93.—Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, c. 375, Sch. A. 118
See: CARRIAGE OF GOODS

94.—Public Schools Act, C.C.S.M., c. P250, s. 387(2). 179
See: ARBITRATION

95.—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, ss. 13, 21. 578
See: ADMINISTRATIVE LAW

96.—Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, c. 300, ss. 3, 58. 621
See: CARRIERS

97.—Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2 as amended, ss. 320, 321(1). 735
See: ADMINISTRATIVE LAW

98.—Real Estate Brokerage Act, R.S.Q. 1964, c. 267, am. 1966-67 (Que.), c. 75, now R.S.Q. 1977, c. C-73. 555
See: PRESCRIPTION

99.—Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409. 1011
See: MUNICIPAL LAW

100.—Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, c. R150. 303
See: CONSTITUTIONAL LAW

101.—Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, c. 358, s. 15(2). 78
See: CONTRACTS

102.—Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2). 355
See: CRIMINAL LAW

103.—Statutory Instruments Act, 1970-71-72 (Can.), c. 38, s. 11(2). 356
See: CRIMINAL LAW

104.—Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, c. 372, s. 6A. 466
See: CONSTITUTIONAL LAW

105.—Trustee Act, R.S.O. 1970, c. 470, ss. 38(2), 50(1). 931
See: ESTATES

106.—Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 2(n), 17, 30. 243
See: UNEMPLOYMENT INSURANCE

107.—Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 31 (amended by 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 10) and 38. 582
See: INTERPRETATION

108.—Unemployment Insurance Entitlements Adjustment Act, 1976-1977 (Can.), c. 11, s. 2. 582
See: INTERPRETATION

109.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, ss. 19(1), 46(1). 89
See: INDIANS

110.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49. 451
See: CONSTITUTIONAL LAW

STATUTES—Concluded

111.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, c. W140, s. 49..... 451
See: INDIANS

TAXATION

1. Whether fees for surgical services of doctor under contract of employment with hospital are income properly assessable to doctor rather than to hospital to which fees were assigned – Whether hospital practicing medicine – The Medical Act, R.S.O. 1970, c. 268 – The Private Hospitals Act, R.S.O. 1970, c. 361 – The Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta.), c. 44, Part 6.

R. v. CAMPBELL, 256.

2. Constitutional law – Succession duties – Non-resident corporation – "Beneficially entitled" – Whether resident shareholders of non-resident parent company assessable on estate bequeathed to non-resident subsidiary – In personam tax on resident successor – Legislation intra vires of Provincial Legislature – An Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), c. 17, ss. 1(ae), 2(5), 8, 9.

COVERT *et al.* v. MINISTER OF FINANCE OF NOVA SCOTIA, 774.

TRUSTS AND TRUSTEES

Constructive trust or resulting trust – Long standing common law relationship – "Wife" first supported "husband" while he accumulated capital and later helped in construction of home and development of business – Whether or not women entitled to portion of property and assets held exclusively in man's name – Applicability of constructive and resulting trusts to common law relationship.

PETTKUS v. BECKER, 834.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Teacher taking leave of absence for maternity reasons – Whether pregnancy benefits payable in July and August – Calculation of adjustment paid at date of separation of employment – Unemployment Insurance Act, 1971, 1970-71-72 (Can.), c. 48, ss. 2(n), 17, 30 – Unemployment Insurance Regulations, Reg. 173(4).

DICK *et al.* v. DEPUTY ATTORNEY GENERAL OF CANADA, 243.

INDEX

ADOPTION

Jugement conditionnel accordant la garde des enfants à la mère et un droit de visite au père – Jugement d'adoption par la mère et le second mari – Ordonnance d'adoption non touchée par la question de suprématie – The Child Welfare Act, C.C.S.M., chap. C80 – Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8.

WILLIAMS c. HILLIER *et autre*, 368.

APPEL

Appel annulé comme ayant été abandonné – Aucune demande défendable de l'appelante en vue d'obtenir une ordonnance au contraire – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

R. c. BURDICK, 1056.

ARBITRAGE

Arbitres – Impartialité d'aucun des deux arbitres nommés – Président neutre – Aucuns motifs d'inhabilité – The Public Schools Act, C.C.S.M., chap. P250, art. 387(2).

GYPSUMVILLE DISTRICT TEACHERS' ASSOCIATION c. CONSOLIDATED SCHOOL DISTRICT DE GYPSUMVILLE, 179.

PINE CREEK SCHOOL DIVISION c. PINE CREEK DIVISION ASSOCIATION, 179.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Enseignante prenant un congé de maternité – Droit aux prestations de maternité en juillet et août – Calcul du rajustement versé à la date de cessation d'emploi – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 2n), 17, 30 – Règlement sur l'assurance-chômage, art. 173(4).

DICK *et autres* c. SOUS-PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 243.

BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

Dépôts bancaires – Cautionnement d'exécution – Violation de fiducie par la banque dont la méfiance est éveillée – Possibilité de négligence contributive du bénéficiaire de la fiducie – Contributory Negligence Act, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, art. 1.

POTTER (CARL B.) LTD. c. BANQUE MERCANTILE DU CANADA, 343.

CAUTIONNEMENT

Obligation de la caution envers le créancier lorsque le créancier omet de conserver la garantie – Clauses d'exonération – Règles d'interprétation – Déclaration inexacte – Entente verbale accessoire contraire au cautionnement écrit.

BAUER c. BANQUE DE MONTRÉAL, 102.

CODE CIVIL

1.—Articles 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2)..... 555

Voir: PRESCRIPTION

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Article 846..... 100

Voir: DROIT ADMINISTRATIF

2.—Article 846..... 827

Voir: DROIT ADMINISTRATIF

3.—Articles 953, 980, 997..... 1057

Voir: DROIT ADMINISTRATIF

COMPÉTENCE

Tribunaux – Dettes garanties par le gouvernement fédéral par le biais d'un plan législatif et acquittées par lui lors du défaut des appelants – Compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale pour connaître de la demande de remboursement présentée par Sa Majesté contre les appelants – Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies, S.R.C. 1970, chap. P-18, art. 2, 4 – Loi canadienne sur les prêts aux étudiants, S.R.C. 1970, chap. S-17, art. 13j) – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 17(4)a).

RHINE c. LA REINE, 442.

PRYTULA c. LA REINE, 442.

CONTRATS

1. Mandat – Mandataire paré du pouvoir exprès de négocier une vente de soufre et de la conclure – Diminution du pouvoir exprès du mandataire à l'insu de l'acheteur – Acheteur se fiant à l'attitude du mandant quant au pouvoir – Refus de livrer le soufre promis – Rupture de contrat – Dommages-intérêts.

ROCKLAND INDUSTRIES, INC. c. AMERADA MINERALS CORPORATION OF CANADA LTD., 2.

2. Condition implicite de qualité marchande – Fardeau de la preuve – Droit d'une cour d'appel d'intervenir dans les

CONTRATS—Fin

conclusions de fait du juge de première instance – The Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, chap. 358, art. 15(2).

SCHREIBER BROTHERS LTD. c. CURRIE PRODUCTS LTD. *et autre*, 78.

3. Relativité des contrats – Propriétaire et locataire – Clauses d'assurance d'un bail exonérant ou pas les employés du locataire de leur responsabilité – Mandat – Fiducie – Contradiction d'une entente écrite.

GREENWOOD SHOPPING PLAZA LTD. c. BEATTIE *et autre*, 228.

4. Commission payable à un agent – Appréciation de la preuve par le juge de première instance – Motifs rendus verbalement en première instance – Motifs non disponibles en Cour d'appel mais versés au dossier de la Cour suprême – Principe de non-ingérence des cours d'appel.

LANDRY c. LAPOINTE, 412.

5. Contrat de construction – Privilèges de fournisseur de matériaux – Sous-entrepreneur renonçant contractuellement aux droits de privilège de fournisseur de matériaux – Vu le défaut par l'entrepreneur de verser les avances exigibles en vertu du contrat, le sous-entrepreneur a considéré que le contrat avait pris fin et a enregistré un privilège contre le titre de propriété – Sous-entrepreneur lié ou non par la renonciation au privilège de fournisseur de matériaux – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 5(1).

BEAUFORT REALTIES (1964) INC. *et autre* c. CHOMEDEY ALUMINUM CO. LTD., 718.

6. Vente d'entreprise – Clauses de non-concurrence – Engagements en vigueur pendant cinq ans à partir de la date de la signature du contrat ou de la date de la cessation de l'emploi auprès de la compagnie, selon la plus tardive des deux – Clause dans la promesse d'achat des actions portant que les déclarations, garanties et conventions demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature – Appelants quittant la compagnie neuf ans après la vente et se lançant dans une entreprise en concurrence directe avec la compagnie – Clauses de non-concurrence exécutoires ou non.

DOERNER *et autres* c. BLISS & LAUGHLIN INDUSTRIES INCORPORTED *et autre*, 865.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Décision de la Commission des loyers – Eléments à considérer dans la fixation du loyer – Compétence de la Commission – Bref d'évocation – Code de procédure civile, art. 846 – Loi pour favoriser la conciliation entre propriétaires et locataires, S.Q. 1951-52, chap. 20 et modifications, art. 13, 19, 20, 26.

COMMISSION DES LOYERS *et autres* c. SAND *et autres*, 100.

2. Contrôle judiciaire – Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique – Admissibilité à un concours restreint en fonction d'un niveau de salaire minimum – Erreur de droit – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 13 et 21 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

BULLION c. LA REINE *et autre*, 578.

3. Police – Renvoi – L'appelant, un stagiaire, renvoyé par le chef de police – Motifs du renvoi ambigus – Pouvoir de renvoi conféré exclusivement au Comité (Board of Police Commissioners) – Ratification par le Comité du renvoi sans adopter de résolution, sans rédiger de procès-verbal et sans entendre ni aviser l'appelant – Validité du renvoi – The Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 29 – Règlement 680, art. 27b).

PROCTOR c. BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE FOR THE CITY OF SARNIA, 727.

4. Décision du CRTC – Révision du gouverneur en conseil – Règles de justice naturelle et obligation d'agir équitablement – Contrôle judiciaire du gouverneur en conseil ou non – Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17 et modifications, art. 64 – Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2 et modifications, art. 320, 321(1) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA c. INUIT TAPIRISAT OF CANADA *et autre*, 735.

5. Certiorari – Clause privative – Erreur alléguée à la lecture du dossier – Décision de la Commission révisable ou non vu la clause privative – Droit du travail – Employeur-employé – Détermination de l'existence de la relation employeur-employé au sens de The Alberta Labour Act – Définition des termes – Détails concrétisant la relation des chauffeurs de taxi avec la compagnie de taxi – The Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), chap. 33, art. 1d), e), h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2), (3).

YELLOW CAB LTD. c. BOARD OF INDUSTRIAL RELATIONS *et autres*, 761.

6. Commission des loyers – Eviction pour retard systématique dans le paiement du loyer – Excès de juridiction – Bref d'évocation – Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, 1950-51 (Qué.), chap. 20 et modifications, art. 17, 25a) et b) – Code de procédure civile, art. 846.

BLANCO c. COMMISSION DES LOYERS, 827.

7. Evocation – Action d'un fonctionnaire occasionnel pour avantages sociaux – Juridiction de la Cour provinciale, division des petites créances – Erreur du tribunal dans le cadre de sa compétence – Code de procédure civile, art. 953, 980, 997.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC c. LABRECQUE *et autres*, 1057.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Droits de pêche des Indiens – Convention entre les gouvernements fédéral et provincial accordant aux Indiens le droit de pêcher toute l'année – La convention s'applique-t-elle à la loi fédérale? – Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14 – Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), chap. 30, par. 13 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (R.-U.), chap. 26.

ELK c. LA REINE, 166.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

2. Pêcheries – Détérioration des pêcheries et pollution des eaux – Inconstitutionnalité du par. 33(3) de la Loi sur les pêcheries – Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 33, modifié par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 17, art. 3 et 1976-77 (Can.), chap. 35, art. 7 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(12), 92(13).

FOWLER c. LA REINE, 213.

3. Pêcheries – L'article 33(2) de la Loi sur les pêcheries constitue-t-il un excès de pouvoir? – Dépôt de substance nocive dans des eaux poissonneuses – Disposition législative relative aux pêcheries ou à la pollution – S'agit-il d'une dénonciation multiple? – Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 2, 33(2), 33(3) et 33(11) – A.A.N.B., art. 91.12.

NORTHWEST FALLING CONTRACTORS LTD. c. LA REINE, 292.

4. Droit fiscal – Impôt personnel – Espace aérien au-dessus de territoire provincial – Utilisation d'aéronefs – Taxation indirecte – Taxation dans les limites de la province – The Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, chap. R150 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(2).

R. DU CHEF DU MANITOBA c. AIR CANADA, 303.

5. Cour martiale – Egalité devant la loi – Procureur à charge militaire au lieu du procureur général – Tribunal indépendant et non préjugé – Déclaration canadienne des droits, art. 1a), 1b), 2e) et 2f) – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(7).

MACKAY c. LA REINE, 370.

6. Indiens – Application de la loi provinciale aux Indiens – L'article 49 de Wildlife Act du Manitoba est-il ultra vires? – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49 – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13, clauses 13, 24 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24).

R. c. SUTHERLAND *et autres*, 451.

7. Droit fiscal – Droits successoraux – La résidence d'un bénéficiaire dans les limites d'une province taxatrice fournit-elle un fondement suffisant à l'imposition de droits successoraux lorsque les biens sont situés à l'extérieur de la province et que le défunt n'y était pas domicilié au moment de son décès? – S'agit-il d'un impôt personnel ou réel? – Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, chap. 372, art. 6A.

PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE c. COMPAGNIE TRUST CANADA *et autre*, 466.

DROIT CRIMINEL

1. Meurtre – Acquittement par un juge seul – Conclusion logique ou simple conjecture du juge du procès – Erreur de droit – Preuve – Témoignage non corroboré d'un enfant – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 16(2).

R. c. DUBOIS, 21.

2. Accusations de complot en vue de faire le trafic d'un stupéfiant et trafic illégal d'un stupéfiant – Déclaration de culpabilité de l'infraction matérielle de trafic non exclue par une déclaration de culpabilité de complot – Déclarations de culpabilité pas pour la même cause ou chose.

SHEPPE c. LA REINE, 22.

3. Appel interjeté d'acquittements sur des accusations portées en vertu de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions – Pas des questions de droit seulement – Cour d'appel sans compétence – Juge du procès instruit des principes juridiques applicables décidant, compte tenu des faits, que le ministère public n'a pas prouvé la perpétration des infractions imputées – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)c) [re-prom. 1974-75-76, chap. 76, art. 14].

R. c. CHATWIN MOTORS LTD. *et autres*, 64.

4. Preuve – Corroboration – Directives au jury – Absence d'erreur de droit – Pouvoirs d'une cour d'appel – Code criminel, art. 613(1)a)(i) et (iii).

R. c. EKLUND, 117.

5. Viol – Défense d'erreur de fait non soumise au jury – Croyance sincère qu'il y a eu consentement aux rapports sexuels – Mens rea – Croyance raisonnable – Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143.

PAPPAJOHN c. LA REINE, 120.

6. Habeas corpus – Compétence de la cour – Question pouvant être soulevée par voie d'appel.

KORPONAY c. KULIK, 265.

7. Accusation de viol – Certiorari – Requête en cassation – Enquête préliminaire – Renvoi à procès – Plaignante contraignable ou non comme témoin à l'audition à huis clos – Questions sur le comportement sexuel – Avis et exposé adéquats – Déni de justice naturelle – Droit au contre-interrogatoire – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 142, 455.3(1)a), 468(1)a).

FORSYTHE c. LA REINE, 268.

8. Utilisation frauduleuse d'installations de télécommunication – Ordinateur – Code criminel, art. 287(1)b).

R. c. MCLAUGHLIN, 331.

9. Preuve – Interception de communications privées – Admissibilité – Possibilité pour le juge du procès de réviser le fondement de l'autorisation d'écoute électronique – Code criminel, art. 178.13(1), édicté par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 9.

HAWKINS c. LA REINE (n° 1), 353.

10. Défenses – Ignorance de la loi – Existence ou non d'une distinction entre l'erreur de droit et l'ignorance de la loi – L'ignorance de la réglementation peut-elle être une excuse? – Défense de diligence raisonnable – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19 – Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) – Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2).

HAWKINS c. LA REINE (n° 2), 355.

11. Défenses – Ignorance de la loi – Existence ou non d'une distinction entre l'erreur de droit et l'ignorance de la loi – L'ignorance de la réglementation peut-elle être une excuse? –

DROIT CRIMINEL—Suite

Défense de diligence raisonnable – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) – Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2).

MOLIS C. LA REINE, 356.

12. Compétence – Prétendue contravention à l'art. 3(1) de la Loi sur le maintien des services postaux, 1978 (Can.), chap. 1 – Accusation d'avoir contrevenu à une loi du Parlement – Présence ou non d'éléments de preuve devant le juge du procès qui auraient pu raisonnablement permettre au jury de conclure que l'accusation était prouvée – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 115(1).

WALDEN C. LA REINE, 365.

13. Déclaration de culpabilité de meurtre – Défaut de tenir un voir dire relatif à une déclaration cruciale supposément faite par l'accusée à un policier – Nouveau procès ordonné – Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) du Code criminel.

HARPER (DOWN) C. LA REINE, 366.

14. Complot – Complot pour empêcher des membres d'un syndicat de participer aux activités licites de leur syndicat – Dénonciation révélant une infraction connue en droit – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2) – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110.

GRALEWICZ *et autres* C. LA REINE, 493.

15. Défense – Automatisme sans aliénation mentale – Aliénation mentale – Maladie mentale – Question de droit – Code criminel S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 542, 545.

RABEY C. LA REINE, 513.

16. Coalitions – Complot pour empêcher ou diminuer indûment la concurrence – Maintien des parts du marché – Entente tacite ou «décisions consciemment parallèles» – Fardeau de preuve – Mens rea – Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)b), 32(1)c) – Code criminel, art. 605(1)a), 618(2)a).

ATLANTIC SUGAR REFINERIES CO. LTD. *et autres* C. PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA, 644.

17. Meurtre – Attentat à la pudeur – Eléments mentaux – Intention spécifique – Défense d'ivresse – Infraction sous-jacente – Possession ou utilisation d'une arme pendant la perpétration ou la tentative de perpétration d'un attentat à la pudeur – Directives au jury – Vices des directives du juge du procès causant ou non un tort à l'accusé ou une erreur judiciaire – Code criminel, art. 212a), 213.

SWIETLINSKI C. LA REINE, 956.

18. Procédure – Renvoi à procès – Présentation d'un acte d'accusation – Recours extraordinaire pour faire annuler le renvoi – Code criminel, art. 507, 507.1

R. C. CHABOT, 985.

19. Enquête préliminaire – Accusation de meurtre au deuxième degré – Renvoi à procès pour une infraction autre que celle énoncée dans la dénonciation – Code criminel, art. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589.

R. C. CHABOT, 985.

20. Accusé inculpé de meurtre – Preuve circonstancielle – Directives au jury – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

R. C. BURDICK, 1056.

DROIT CRIMINEL—Fin

DROIT DES COMPAGNIES

Pouvoir d'emprunt – Opération interdite – Hypothèque par la compagnie à l'égard de l'achat d'actions – Achat d'actions de la compagnie financé par l'hypothèque de son actif – Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).

CENTRAL AND EASTERN TRUST CO. C. IRVING OIL LTD., 29.

DROIT DU TRAVAIL

1. Convention collective – Grève illégale – Réclamation en dommages-intérêts par employeur – Grief – Compétence de l'arbitre – Code du Travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88, 95.

SHELL CANADA LTD. C. TRAVAILLEURS UNIS DU PÉTROLE DU CANADA, 181.

2. Droit des employés de participer aux activités licites du syndicat de leur choix – Membres d'un syndicat empêchés d'exercer ce droit – S'agit-il d'un dessein illicite au sens de l'art. 423(2)a) du Code criminel? – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110, 184, 185, 191(1) – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a).

GRALEWICZ *et autres* C. LA REINE, 493.

3. Fonction publique – Employés occasionnels – Applicabilité de la convention collective – Grief relevant de la juridiction d'un arbitre ou réclamation relevant des tribunaux judiciaires – Rapport contractuel entre le gouvernement et l'employé – Loi de la fonction publique, 1965 (Qué.), chap. 14 et modifications, art. 3, 16, 67, 70 – Règlement concernant les emplois ou fonctions d'un caractère occasionnel, A.C. 1714 du 5 oct. 1966, (1966) 98 G.O. 5451 – Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC C. LABRECQUE *et autres*, 1057.

DROIT FISCAL

1. Les honoraires pour services chirurgicaux d'un médecin ayant un contrat de travail avec un hôpital, partie du revenu imposable du médecin ou de l'hôpital auquel ils sont cédés – Exercice de la médecine par l'hôpital – The Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268 – The Private Hospitals Act, R.S.O.

DROIT FISCAL—Fin

1970, chap. 361 – The Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta.), chap. 44, Partie 6.

R. c. CAMPBELL, 256.

2. Droit constitutionnel – Droits successoraux – Compagnie non résidante – «Droit à titre bénéficiaire» – Les actionnaires résidants d'une compagnie mère non résidante sont-ils imposables sur la succession qui revient à une filiale non résidante? – Impôt personnel sur l'héritier résidant – Loi intra vires de la législature provinciale – An Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), chap. 17, art. 1(ae), 2(5), 8, 9.

COVERT *et autres* c. MINISTRE DES FINANCES DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, 774.

DROIT MARITIME

Charte-partie à temps – Retard de livraison d'une cargaison – Responsabilité du propriétaire et de l'affréteur – Compétence de la Cour fédérale – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22.

ARIS STEAMSHIP CO. INC. c. ASSOCIATED METALS & MINERALS CORPORATION, 322.

DROIT MATRIMONIAL

Perte ou diminution de soutien moral – Réclamation en première instance fondée sur l'art. 35(1) de The Domestic Relations Act – Portée de l'art. 35 de The Domestic Relations Act – The Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, chap. 113, art. 35, modifié par 1973 (Alta.), chap. 61, art. 5(16).

WOELK *et autre* c. HALVORSON, 430.

DROIT MUNICIPAL

Règlements – Législation sur l'urbanisme – Contrôle des lotissements – Refus du propriétaire subséquent de la majeure partie des lots d'exécuter la convention de lotissement – Aux termes du règlement, les lots de l'appelante ne sont pas réputés un plan de lotissement – Règlement adopté sans avis – Raccordement de la conduite d'eau principale au réseau municipal interdit par un règlement distinct jusqu'à ce que les conditions soient remplies – Règlements annulables ou non – Nature discrétionnaire de l'examen judiciaire – The Planning Act, R.S.O. 1970, chap. 349, art. 29 – The Interpretation Act, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 17 – The Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), chap. 48 – The Registry Act, R.S.O. 1970, chap. 409 – The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 248, art. 283, 284, 285.

HOMEX REALTY AND DEVELOPMENT CO. LTD. c. CORPORATION OF THE VILLAGE OF WYOMING, 1011.

EVALUATION

Loi rétroactive – Municipalité sans droit de faire une évaluation additionnelle ni de percevoir les taxes consécutives – Action pour faire déclarer les évaluations nulles et demander le remboursement des taxes payées – Décision dans des procédures antérieures portant que l'appel n'a pas été formé dans le délai prévu et que la plainte ne permet pas d'obtenir un redressement à l'égard des taxes imposées – Pas d'exception de chose jugée à l'égard du présent litige – The Assessment Act, R.S.O. 1970, chap. 32, art. 43(1)a), (4).

KEW PROPERTY PLANNING AND MANAGEMENT LTD. c. CORPORATION OF THE TOWN OF BURLINGTON, 598.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

Fiducie par interprétation ou par déduction – Relation de fait bien établie – L'«épouse» subvient d'abord aux besoins du «mari» pendant qu'il accumule du capital et plus tard participe à la construction de la maison et à l'essor de l'entreprise – Les femmes ont-elles droit à une partie des biens et de l'actif mis exclusivement au nom de l'homme? – Applicabilité des fiducies par interprétation et par déduction aux relations de fait.

PETTKUS c. BECKER, 834.

HYPOTHÈQUES

Forclusion – Mise à exécution de l'hypothèque – Opération interdite – Financement de l'achat des actions de la compagnie – Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).

CENTRAL AND EASTERN TRUST CO. c. IRVING OIL LTD., 29.

INDIENS

1. Chasse pour se nourrir – Terres inoccupées de la Couronne – Droit d'accès aux terres – Chemin public – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 19(1), 46(1) – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 26, clause 13.

R. c. MOUSSEAU, 89.

2. Chasse pour se nourrir – Aire de protection de la faune – Terres inoccupées de la Couronne – Droit d'accès – Modification unilatérale de la Convention – The Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49 – The Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13.

R. c. SUTHERLAND *et autres*, 451.

INTÉRÊTS

Expropriation – Application de l'art. 3 de la Loi sur l'intérêt à l'intérêt alloué par des arbitres – Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 3 – Highway Act, R.S.B.C. 1960,

INTÉRÊTS—Fin

chap. 172, art. 16 – Department of Highways Act, R.S.B.C. 1960, chap. 103 – Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, chap. 14 – Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, chap. 51, art. 113 – A.A.N.B., art. 92(3).

BRITISH PACIFIC PROPERTIES LTD. c. MINISTER OF HIGHWAYS AND PUBLIC WORKS, 283.

INTERPRÉTATION

Droit acquis – Rétroactivité exclue – Assurance-chômage – Limite d'âge d'admissibilité abaissée – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 31 (modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 10) et 38 – Loi sur l'examen de certains cas d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage, 1976-77 (Can.), chap. 11, art. 2 – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 35c).

COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA c. DALLIALIAN, 582.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Dépens – Paiement à l'appelante des fonds consignés à la Cour par l'intimée avec l'intérêt couru.

CANADIAN LABORATORY SUPPLIES LTD. c. ENGELHARD INDUSTRIES OF CANADA LTD., 450.

LOIS

1.—A.A.N.B., art. 92(3)..... 283
Voir: INTÉRÊTS

2.—A.A.N.B., art. 91.12..... 292
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

3.—Act Respecting Succession Duties, 1972 (N.S.), chap. 17, art. 1(ae), 2(5), 8, 9..... 774
Voir: DROIT FISCAL

4.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (R.-U.), chap. 26..... 166
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

5.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(12), 92(13)..... 213
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

6.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(2)..... 303
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

7.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(7)..... 370
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

8.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(24)..... 451
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

LOIS—Suite

9.—Alberta Labour Act, 1973 (Alta.), chap. 33, art. 1d), e), h), 35(1), (2), 50(1), 51(1), (2), (3)..... 761
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

10.—Arbitration Act, R.S.B.C. 1960, chap. 14..... 283
Voir: INTÉRÊTS

11.—Assessment Act, R.S.O. 1970, chap. 32, art. 43(1)a), (4)..... 598
Voir: EVALUATION

12.—Attorney General Statutes Amendment Act, 1975 (No. 2), 1975 (Alta.), chap. 44, Partie 6..... 256
Voir: DROIT FISCAL

13.—Child Welfare Act, C.C.S.M., chap. C80..... 368
Voir: ADOPTION

14.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110..... 493
Voir: DROIT CRIMINEL

15.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 110, 184, 185, 191(1)..... 493
Voir: DROIT DU TRAVAIL

16.—Code criminel, art. 178.13(1), édicté par 1976-77 (Can.), chap. 53, art. 9..... 353
Voir: DROIT CRIMINEL

17.—Code criminel, art. 613(1)a)(i) et (iii)..... 117
Voir: DROIT CRIMINEL

18.—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143..... 120
Voir: DROIT CRIMINEL

19.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(1)..... 169
Voir: OUTRAGE AU TRIBUNAL

20.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 142, 455.3(1)a), 468(1)a)..... 268
Voir: DROIT CRIMINEL

21.—Code criminel, art. 287(1)b)..... 331
Voir: DROIT CRIMINEL

22.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19... 355
Voir: DROIT CRIMINEL

23.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 19... 356
Voir: DROIT CRIMINEL

24.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 115(1)..... 365
Voir: DROIT CRIMINEL

25.—Code criminel, art. 613(1)b)(iii)..... 366
Voir: DROIT CRIMINEL

26.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 8, 115(1), 128, 159, 381, 382, 387, 423(2)..... 493
Voir: DROIT CRIMINEL

27.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 423(2)a)..... 493
Voir: DROIT DU TRAVAIL

LOIS—Suite

28.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 16, 542, 545 ... 513
Voir: DROIT CRIMINEL

29.—Code criminel, art. 605(1)a), 618(2)a) ... 644
Voir: DROIT CRIMINEL

30.—Code criminel, art. 212a), 213 ... 956
Voir: DROIT CRIMINEL

31.—Code criminel, art. 463, 464, 469, 473, 474, 475, 504, 511, 589 ... 985
Voir: DROIT CRIMINEL

32.—Code criminel, art. 507, 507.1 ... 985
Voir: DROIT CRIMINEL

33.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2) ... 1056
Voir: APPEL

34.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2) ... 1056
Voir: DROIT CRIMINEL

35.—Code du Travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88, 95 ... 181
Voir: DROIT DU TRAVAIL

36.—Code du travail, S.R.Q. 1964, chap. 141, art. 1g), 88 ... 1057
Voir: DROIT DU TRAVAIL

37.—Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) ... 29
Voir: DROIT DES COMPAGNIES

38.—Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) ... 29
Voir: HYPOTHÈQUES

39.—Contributory Negligence Act, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, art. 1 ... 343
Voir: BANQUES ET OPÉRATIONS BANCAIRES

40.—Déclaration canadienne des droits, art. 1a), 1b), 2e) et 2f) ... 370
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

41.—Department of Highways Act, R.S.B.C., chap. 103 ... 283
Voir: INTÉRÊTS

42.—Domestic Relations Act, R.S.A. 1970, chap. 113, art. 35, modifié par 1973 (Alta.), chap. 61, art. 5(16) ... 430
Voir: DROIT MATRIMONIAL

43.—Fatal Accidents Act, R.S.O. 1970, chap. 164 ... 694
Voir: RESPONSABILITÉ CIVILE

44.—Highway Act, R.S.B.C. 1960, chap. 172, art. 16 ... 283
Voir: INTÉRÊTS

45.—Interpretation Act, R.S.O. 1970, chap. 225, art. 17 ... 1011
Voir: DROIT MUNICIPAL

LOIS—Suite

46.—Judicial Review Procedure Act, 1971, 1971 (Ont.), chap. 48 ... 1011
Voir: DROIT MUNICIPAL

47.—Loi canadienne sur les prêts aux étudiants, S.R.C. 1970, chap. S-17, art. 13j) ... 442
Voir: COMPÉTENCE

48.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) ... 355
Voir: DROIT CRIMINEL

49.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27(2) ... 356
Voir: DROIT CRIMINEL

50.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 35c) ... 582
Voir: INTERPRÉTATION

51.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28 ... 735
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

52.—Loi de la fonction publique, 1965 (Qué.), chap. 14 et modifications, art. 3, 16, 67, 70 ... 1057
Voir: DROIT DU TRAVAIL

53.—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 2n), 17, 30 ... 243
Voir: ASSURANCE CHÔMAGE

54.—Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48, art. 31 (modifiée par 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 10) et 38 ... 582
Voir: INTERPRÉTATION

55.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 ... 355
Voir: DROIT CRIMINEL

56.—Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27 ... 356
Voir: DROIT CRIMINEL

57.—Loi des compagnies, S.R.Q. 1941, chap. 276, art. 214, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-38, art. 218 ... 555
Voir: PRESCRIPTION

58.—Loi du courtage immobilier, S.R.Q. 1964, chap. 267, mod. 1966-67 (Qué.), chap. 75, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-73 ... 555
Voir: PRESCRIPTION

59.—Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, chap. N-17 et modifications, art. 64 ... 735
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

60.—Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires S.Q. 1951-52, chap. 20 et modifications, art. 13, 19, 20, 26 ... 100
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

61.—Loi pour favoriser la conciliation entre locataires et propriétaires, 1950-51 (Qué.), chap. 20 et modifications, art. 17, 25a) et b) ... 827
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

LOIS—Suite

62.—Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)c) [re-prom. 1974-75-76, chap. 76, art. 14] ... 64
Voir: DROIT CRIMINEL

63.—Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, chap. C-23, art. 32(1)b), 32(1)c). ... 644
Voir: DROIT CRIMINEL

64.—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 13 et 21. ... 578
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

65.—Loi sur l'examen de certains cas d'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage, 1976-77 (Can.), chap. 11, art. 2. ... 582
Voir: INTERPRÉTATION

66.—Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 3.... 283
Voir: INTÉRÊTS

67.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.), art. 41 ... 39
Voir: TRIBUNAUX

68.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22 ... 242
Voir: TRIBUNAUX

69.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22 ... 322
Voir: DROIT MARITIME

70.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 17(4)a) ... 442
Voir: COMPÉTENCE

71.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28 ... 578
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

72.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 16(2) ... 21
Voir: DROIT CRIMINEL

73.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43. ... 39
Voir: TRIBUNAUX

74.—Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5. ... 679
Voir: PREUVE

75.—Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, S.R.C. 1970, chap. A-19, art. 9. ... 39
Voir: TRIBUNAUX

76.—Loi sur le divorce, S.R.C. 1970, chap. D-8. ... 368
Voir: ADOPTION

77.—Loi sur le transport par véhicule à moteur, S.R.C. 1970, chap. M-14, art. 3, 5, 6 ... 621
Voir: VOITURIERS

78.—Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2 et modifications, art. 320, 321(1) ... 735
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

LOIS—Suite

79.—Loi sur les grains du Canada, 1970-71-72 (Can.), chap. 7, art. 2(27), (32), 90(1). ... 679
Voir: PREUVE

80.—Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8 ... 39
Voir: TRIBUNAUX

81.—Loi sur les paiements anticipés pour le grain des Prairies, S.R.C. 1970, chap. P-18, art. 2, 4. ... 442
Voir: COMPÉTENCE

82.—Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14. ... 166
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

83.—Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 33, modifiée par S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 17, art. 3 et 1976-77 (Can.), chap. 35, art. 7 ... 213
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

84.—Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 2, 33(2), 33(3) et 33(11). ... 292
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

85.—Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2). ... 355
Voir: DROIT CRIMINEL

86.—Loi sur les textes réglementaires, 1970-71-72 (Can.), chap. 38, art. 11(2). ... 356
Voir: DROIT CRIMINEL

87.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 26, clause 13. ... 89
Voir: INDIENS

88.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), chap. 30, par. 13. ... 166
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

89.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13, clauses 13, 24.. 451
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

90.—Manitoba Natural Resources Act, 1930 (Man.), 20 Geo. V, chap. 30, 1930 (Can.), 20-21 Geo. V, chap. 29, 1930 (R.-U.), 20-21 Geo. V, chap. 13. ... 451
Voir: INDIENS

91.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 et modifications. ... 115
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

92.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, art. 5(1). ... 718
Voir: CONTRATS

93.—Medical Act, R.S.O. 1970, chap. 268. ... 256
Voir: DROIT FISCAL

94.—Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 513(2). ... 418
Voir: RESPONSABILITÉ

LOIS—Fin

95.—Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 248, art. 283, 284, 285 1011
Voir: DROIT MUNICIPAL

96.—Ontario Judicature Act, R.S.O. 1897, chap. 51, art. 113. 283
Voir: INTÉRÊTS

97.—Planning Act, R.S.A. 1970, chap. 276, art. 25, 26. 177
Voir: PLANIFICATION

98.—Planning Act, R.S.O. 1970, chap. 349, art. 29. 1011
Voir: DROIT MUNICIPAL

99.—Police Act, R.S.O. 1970, chap. 351, art. 29. 727
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

100.—Private Hospitals Act, R.S.O. 1970, chap. 361.... 256
Voir: DROIT FISCAL

101.—Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, chap. 375, Ann. A. 118
Voir: TRANSPORT DE CHOSES

102.—Public Schools Act, C.C.S.M., chap. P250, art. 387(2) 179
Voir: ARBITRAGE

103.—Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, chap. 300, art. 3, 58. 621
Voir: VOITURIERS

104.—Registry Act, R.S.O. 1970, chap. 409. 1011
Voir: DROIT MUNICIPAL

105.—Retail Sales Tax Act, R.S.M. 1970, chap. R150. 303
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

106.—Sale of Goods Act, R.S.O. 1960, chap. 358, art. 15(2). 78
Voir: CONTRATS

107.—Succession Duty Act, R.S.B.C. 1960, chap. 372, art. 6A. 466
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

108.—Trustee Act, R.S.O. 1970, chap. 470, art. 38(2), 50(1). 931
Voir: SUCCESSIONS

109.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 19(1), 46(1). 89
Voir: INDIENS

110.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49. 451
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

111.—Wildlife Act, R.S.M. 1970, chap. W140, art. 49. 451
Voir: INDIENS

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

1. Négligence et voies de fait – Consentement éclairé – Devoir de divulgation – Première opération – Opération discale courante – Gravité de l'opération – Risques particuliers et inhabituels – Questions précises du patient.

HOPP C. LEPP, 192.

2. Négligence – Obligation de diligence – Divulgation – Causalité – Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque – Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération – Attaque causant la paralysie – Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer – Intimé conscient de l'inquiétude de l'appelant au sujet de son droit à une pension – Négligence ou non de l'intimé.

REIBL C. HUGHES, 880.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS—Fin

MINES ET MINÉRAUX

Résidus d'argent déposés sur une parcelle de terrain avant la disjonction des droits de superficie et des droits miniers – Propriété des résidus.

MASTERMET COBALT MINES LTD. C. CANADAKA MINES LTD., 119.

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Imputation de corruption à l'endroit du substitut du procureur général – Audience «aux fins de justification» – Exécution de fonctions publiques comme fonctionnaire judiciaire – Crainte de partialité – Défaut d'inviter des plaidoiries finales – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(1).

PAUL C. LA REINE, 169.

PLANIFICATION

Terrains du chemin de fer – Vente d'une parcelle excédant les besoins du chemin de fer – Demande d'approbation du lotissement – Applicabilité de la législation sur la planification – The Planning Act, R.S.A. 1970, chap. 276, art. 25, 26 – The Subdivision and Transfer Regulation, A.R. 215/67, art. 19.

CANADIEN PACIFIQUE LTÉE *et autre* C. VILLE DE VULCAN, 177.

PRESCRIPTION

Membre de Chambre d'immeuble expulsé irrégulièrement – Recours contractuel ou délictuel – Dommages résultant d'une seule cause d'action – Règlements – Justice naturelle – Corporations – Code civil, art. 356, 361, 1024, 1057, 2242, 2260(4), 2261(2) – Loi des compagnies, S.R.Q. 1941, chap. 276, art. 214, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-38, art. 218 – Loi du courtage immobilier, S.R.Q. 1964, chap. 267, mod. 1966-67 (Qué.), chap. 75, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-73.

SENEZ C. CHAMBRE D'IMMEUBLE DE MONTRÉAL, 555.

PREUVE

Procédure criminelle – Contraignabilité des témoins – Compagnie accusée d'une infraction – Un dirigeant de la compagnie est-il un témoin contraignable aux instances de la poursuite? – Loi sur les grains du Canada, 1970-71-72 (Can.), chap. 7, art. 2(27), (32), 90(1) – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5.

R. c. N. M. PATERSON AND SONS LTD., 679.

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

Fonds consignés à la cour par l'entrepreneur général – Entrepreneur non bénéficiaire de ces fonds – Ne se substitue pas aux créanciers privilégiés qu'il paie directement pour que les travaux se poursuivent – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267 et modifications.

PARON CONSTRUCTION LTD. c. TOWN DRYWALL INC., 115.

RESPONSABILITÉ

Voies publiques – Municipalité – Appelant blessé en tombant de sa bicyclette dont la roue avant s'est coïncée dans un nid-de-poule sur une rue relevant de la juridiction municipale – Municipalité autorisée à entretenir la rue mais sans obligation légale de le faire – Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 513(2).

BARRATT c. CORPORATION OF NORTH VANCOUVER, 418.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Responsabilité – Dommages-intérêts généraux – Agent de police tué sur les lieux d'un accident sur une artère bien éclairée par des feux clignotants largement visibles – Agent de police au milieu de la chaussée au moment où il est heurté – A-t-il contribué à sa mort par sa propre négligence? – La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle erré en réduisant le montant des dommages-intérêts accordés en première instance en vertu de The Fatal Accidents Act (Ontario) de $195,000 à $62,500?

LEWIS c. TODD ET MCCLURE, 694.

SUCCESSIONS

Pratique – Bref d'assignation – Action intentée par la compagnie en cette qualité contre un coexécuteur et elle-même en sa qualité de représentante en tant que représentants personnels d'une succession – Retrait des exécuteurs après la délivrance du bref – Action entachée ou non de nullité – Si le bref d'assignation est irrégulier, le vice a-t-il été corrigé par l'ordonnance de retrait des exécuteurs et fiduciaires, y compris la compagnie, et la nomination du fiduciaire public à leur place? – Règles de pratique de la Cour suprême de l'Ontario, règles 124 et 186 – The Trustee Act, R.S.O. 1970, chap. 470, art. 38(2), 50(1).

FIDUCIAIRE PUBLIC (SUCCESSION JAMES WILSON BERRY) c. GUARANTY TRUST CO. OF CANADA, 931.

TRANSPORT DE CHOSES

Responsabilité du voiturier – Limitation de la responsabilité pour pertes, dommages ou blessures – Dommage imputable au retard – Etendue des dommages-intérêts recouvrables – The Public Commercial Vehicles Act, R.S.O. 1970, chap. 375, Ann. A.

PUROLATOR COURIER LTD. *et autres* c. CORNWALL GRAVEL CO. LTD., 118.

TRIBUNAUX

1. Requête en première instance pour faire exécuter des commissions rogatoires – Le Règlement relatif à la sécurité de l'information sur l'uranium de 1976 est-il illégal? – Politique d'intérêt général – Pouvoir discrétionnaire de la Cour – Considération de courtoisie – Privilège de la Couronne – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 43 – Règlement sur la sécurité de l'information relative à l'uranium, C.R.C., chap. 366 – Loi sur le contrôle de l'énergie atomique, S.R.C. 1970, chap. A-19, art. 9 – Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, chap. O-2, art. 8 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, chap. 10 (2e Supp.), art. 41.

GULF OIL CORPORATION c. GULF CANADA LTÉE *et autres*, 39.

2. Compétence de la Cour fédérale – Droit maritime – Contrat d'entreprise commune – Lien du contrat avec les obligations créées par les «Articles d'accord» régis par le Code civil – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 22.

QUEBEC AND ONTARIO TRANSPORTATION CO. LTD. c. NAVIRE «INCAN ST. LAURENT» *et autre*, 242.

3. Pratique – Retard dans l'inscription pour audition – Appel censé abandonné – Règles de la Cour suprême du Canada, C.R.C., chap. 1512, règle 59.

GALLANT c. BEL AUTOMOBILES (1961) INC., 267.

4. Dommages-intérêts – Responsabilité civile – Blessures – Montant accordé en première instance réduit par la cour d'appel – Rôle d'une cour d'appel dans la révision de dommages-intérêts alloués en première instance.

WOELK *et autre* c. HALVORSON, 430.

VENTE DE BIEN-FONDS

Acceptation par le vendeur du contrat assorti de conditions – Respect des délais non essentiel – Défaut du vendeur vis-à-vis de ses obligations – Dommages-intérêts.

HECHTER *et autre* c. THURSTON, 254.

VOIES DE FAIT

Consentement – Divulgation – Endartériectomie pour réduire le risque d'attaque ultérieure – Risque d'attaque ou de décès pendant ou après l'opération – Attaque causant la paralysie – Aucune divulgation sauf l'avis que le risque d'attaque est supérieur à défaut d'opérer – Consentement valide ou non – Voies de fait ou non.

REIBL C. HUGHES, 880.

VOITURIERS

Voituriers publics – Validité d'un permis extra-provincial délivré par une commission provinciale de transport – Loi fédérale sans effet sur les pouvoirs provinciaux de saisie – Loi sur le transport par véhicule à moteur, S.R.C. 1970, chap. M-14, art. 3, 5, 6 – The Public Service Vehicles Act, R.S.A. 1970, chap. 300, art. 3, 58.

NATIONAL FREIGHT CONSULTANTS INC. *et autre* C. MOTOR TRANSPORT BOARD *et autres*, 621.